

Leiden
MÜNCHENER UNIVERSITÄTSSCHRIFTEN

Reihe der Juristischen Fakultät · Band 46

MICHAEL LEHMANN

**Vertragsanbahnung
durch Werbung**

**G.H.BECK'SCHE VERLAGSBUCHHANDLUNG
MÜNCHEN 1981**

Münchener Universitätsschriften

Reihe der Juristischen Fakultät

Herausgegeben

im Auftrag der Juristischen Fakultät

von

Peter Lerche, Werner Lorenz, Claus Roxin

Band 46



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Vertragsanbahnung durch Werbung

Eine juristische und ökonomische Analyse
der bürgerlich-rechtlichen Haftung für Werbeangaben
gegenüber dem Letztverbraucher

von

MICHAEL LEHMANN



C. H. BECK'SCHE VERLAGSBUCHHANDLUNG
MÜNCHEN 1981



CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Lehmann, Michael:

Vertragsanbahnung durch Werbung: e. jur. u.
ökonom. Analyse d. bürgerl.-rechtl. Haftung für
Werbeangaben gegenüber d. Letztverbraucher/
von Michael Lehmann. – München: Beck, 1981.
(Münchener Universitätschriften: Reihe d.
Jur. Fak.; Bd. 46)

ISBN 3 406 07546 0

NE: Universität (München): Münchener Universitäts-
schriften / Reihe der Juristischen Fakultät

ISBN 3 406 07546 0

© 1981 C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung (Oscar Beck) München
Als Habilitationsschrift auf Empfehlung der Juristischen Fakultät der
Ludwig-Maximilians-Universität München
gedruckt mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft
Satz und Druck der C. H. Beck'schen Buchdruckerei, Nördlingen

Meiner Mutter

Meinem Lehrer

In Dankbarkeit und Verehrung

Adam Smith

„Der Verbrauch allein ist Ziel und Zweck jeder Produktion; daher sollte man die Interessen des Produzenten eigentlich nur soweit beachten, wie es erforderlich sein mag, um das Wohl des Konsumenten zu fördern. Diese Maxime leuchtet ohne weiteres ein, so daß es töricht wäre, sie noch beweisen zu wollen. In einer staatswirtschaftlichen Wirtschaftsordnung aber wird das Wohl des Verbrauchers beinahe ständig dem Interesse des Produzenten geopfert, und man betrachtet offenbar die Produktion und nicht den Konsum als letztes Ziel oder Objekt allen Wirtschaftens und Handelns.“

(Der Wohlstand der Nationen, 1776)

Franz Wieacker

„Im heutigen sozialen Rechtsstaat ist das Pathos jedenfalls der wirtschaftlichen Freiheit durch das Pathos der sozialen Solidarität verdrängt worden, d. h. der Verantwortung der Gesellschaft und jedes einzelnen für die Wohlfahrt, ja sogar für den Wohlstand jedes anderen Gesellschaftspartners. In einem solchen Gesellschaftsmodell ist – unbeschadet der Freiheit der Persönlichkeit und ihrer Entfaltung – die Zuerkennung und Ausübung der Privatrechte, wenigstens soweit sie zugleich wirtschaftliche und soziale Macht bedeutet, nicht mehr unabhängig von ihrer sozialen und gesamtwirtschaftlichen Funktion.“

(Der Kampf des 19. Jahrhunderts um die Nationalgesetzbücher, 1970)

Ludwig Raiser

„Da der Bereich der Wirtschaft in unserer Industriegesellschaft ein Hauptfeld solcher Zielkonflikte bildet, ist damit zugleich gesagt, daß die der neo-liberalen Konzeption entsprechende Gleichsetzung von Wirtschaftsordnung und Privatrechtsordnung und die Aussonderung einer Wirtschaftsgesellschaft als herrschaftsfreier, auf Gleichordnung aller Teilnehmer beruhender Privatrechtsgesellschaft, wenn sie jemals zutrafen, jedenfalls heute nicht mehr aufrechterhalten werden können.“

(Die Zukunft des Privatrechts, 1971)

Vorbemerkung

Im Zuge der fortschreitenden Industrialisierung der westlichen Welt sieht sich die Zivilrechtswissenschaft angetrieben, immer intensiver an der Realisierung eines ihrer jüngsten „Träume“ (R. Schmidt) zu arbeiten: Es gilt am Ende dieses Jahrhunderts das Phänomen der hochindustrialisierten Massengesellschaft zu analysieren und rechtlich zu verarbeiten, um den notwendigen Beitrag der Juristen zur Bewältigung der aktuellen Probleme des wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Fortschritts zu leisten.

Neben dem verfassungsrechtlich fundierten Sozialstaatsprinzip ist es der Einfluß eines gewandelten Wirtschafts- und Sozialmodells auf das Zivilrecht (Wieacker, Mestmäcker), der zu einer Neuorientierung und Überarbeitung wesentlicher Teile desselben Veranlassung gibt. Ein erster und entscheidender Schritt in Richtung auf die Ausformung eines „sozialen Kaufrechts“ (G. Schricker) ist im Jahre 1977 durch die Schaffung des Gesetzes zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen unternommen worden. Zusammen mit dem Rechtsinstitut der Produzentenhaftung bildet heute in Deutschland das AGB-Gesetz das Herzstück des privatrechtlichen Verbraucherschutzes. Durch das AGB-Gesetz wird freilich dem Postulat der Berücksichtigung des bürgerlich-rechtlichen Äquivalenzprinzips, der Waffengleichheit und des Gegengewichtsprinzips als Bedingungen für den Abschluß von gerechten Verträgen und die Durchführung von geordneten Gütertauschvorgängen (Bartholomeyczik) nur insoweit Rechnung getragen, als es um die Beschränkung der Privatautonomie durch eine rechtliche Inhaltskontrolle vorformulierter Verträge geht.

Der Bereich der Vertragsanbahnung, der Vorbereitung und Initiierung des Abschlusses eines bürgerlich-rechtlichen Vertrages durch Werbung, wird davon nicht berührt. Einer privatrechtlichen Kontrolle bedarf jedoch nicht nur der Inhalt, sondern auch die Vorbereitung und die Anbahnung von bürgerlich-rechtlichen Verträgen, denn ein entscheidendes Legitimationsprinzip einer sozialen Marktwirtschaft ist das theoretische Leitbild der Konsumentensouveränität. Dieses bedarf zu seiner Realisierung des Bemühens um die rechtliche Sicherung der ökonomischen Entscheidungsfreiheit der Nachfrager auf der Letztverbraucherstufe, die durch ihre autonom gesteuerten Marktentnahmehandlungen den Prozeß des Wirtschaftskreislaufs maßgeblich beeinflussen sollen.

Die Verbesserung der privatrechtlichen Stellung des Nachfragers gegenüber der Angebotsseite unter Verfolgung des Konzepts des Ausbaus der zivilrechtlichen Möglichkeiten der Hilfe zur Selbsthilfe erscheint sowohl ökonomisch als auch rechtlich in diesem Zusammenhang sich am systemverträglichsten und am funktionskompatibelsten in das Gebäude unserer geltenden Rechts- und Wirtschaftsordnung einzufügen. Konflikte zwischen den unterschiedlichen ökonomischen Interes-

sen der am Wirtschaftskreislauf Beteiligten, insbesondere der Anbieter, der Nachfrager und des Staates können zwar nie vollständig vermieden werden; jedoch sollte die Rechtsordnung es den jeweiligen Gruppen prinzipiell ermöglichen, die Austragung dieser Konflikte von nahezu gleichen Ausgangspositionen aus selbst und autonom in jedem Einzelfall durchführen zu können. Die Rechtsordnung und insbesondere das Zivilrecht sind folglich dazu aufgerufen, auch auf ihrem Gebiet die Voraussetzungen dafür zu schaffen, daß tatsächlich der Markt in den Grenzen des Rechts zu einer sozialen Institution des gerechten und billigen Ausgleichs häufig divergierender wirtschaftlicher Interessen werden kann. Das Privatrecht muß daher auch hinsichtlich der Vorbereitung von Verträgen versuchen, diejenigen wirtschaftlichen Bedingungen zu bewirken und zu sichern, die die notwendigen Voraussetzungen für die Verwirklichung einer bestmöglichen materiellen Austauschgerechtigkeit sind.

Die Beschäftigung mit diesem Grundlagenproblem unserer Wirtschaftsordnung aus wirtschaftswissenschaftlicher, wettbewerbsrechtlicher und damit zusammenhängend vor allem auch rechtstatsächlicher Sicht, hat die Notwendigkeit einer umfassenden privatrechtlichen Behandlung dieses Problemkreises deutlich werden lassen, denn es zeigte sich, daß in der wirtschaftlichen Realität ein durch systematische Überlegung kaum zu begründendes und den Gedanken der Einheitlichkeit einer Rechtsordnung äußerst abträgliches Gefälle zwischen dem Schutz der Nachfrageseite durch das gerade in den letzten Jahren enorm fortschrittlich entwickelte Wettbewerbsrecht und dem in seinen für diese Problematik relevanten Zügen kaum reformierten und im wesentlichen auf der Situation zur Zeit seiner Entstehung beharren den Bürgerlichen Recht besteht. Werden z. B. bei der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung, ob eine gemäß § 3 UWG irreführende Werbung vorliegt, von Literatur und Rechtsprechung äußerst strenge Maßstäbe angelegt, teilt die bürgerlich-rechtliche herrschende Meinung bislang im wesentlichen grundsätzlich immer noch die Auffassung, daß eine Haftung für in der Werbung gemachten Angaben regelmäßig abzulehnen sei. Die sich daraus ergebenden Ungereimtheiten, daß z. B. ein Abnehmer prinzipiell an einen mit unlauteren Methoden bewirkten und vorbereiteten Vertrag privatrechtlich gleichwohl gebunden ist, gilt es kritisch zu überprüfen und nötigenfalls zu beseitigen. Der Bereich der Vertragsanbahnung ist wegen der modernen Entwicklung der Absatzvorbereitung und -durchführung durch die Angebotsseite, vor allem aber wegen der Bedeutung der Werbung in einem marktwirtschaftlichen System, von besonders aktuellem Interesse. Die richtige und angemessene Stärkung der Nachfrageseite, vor allem der privaten Endabnehmer, ist gegenwärtig eine rechtspolitische Aufgabe, die auf lange Sicht der Sicherung unserer Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung dient.

Der für das Funktionieren unserer Wirtschaftsordnung enorm wichtige Bereich des, wirtschaftswissenschaftlich gesprochen, Marketing und der Absatzvorbereitung durch die Angebotsseite muß auf privatrechtlichem Gebiet haftungsrechtlich so eingeordnet werden, daß es dabei nicht zu einer noch weitergehenden Aufspaltung in ein Sonderprivatrecht zur Regelung von Ungleichgewichtslagen (R. Damm,

M. Lieb, W. Tilmann, H. P. Westermann) kommt. Das Bürgerliche Recht sollte nicht derart an seinem historischen Fundament kleben bleiben, daß es ökonomische Erscheinungen im wesentlichen sanktionslos toleriert, die wettbewerbsrechtlich zu dem scharfen Verdikt der Sitten- und Gesetzeswidrigkeit führen.

Ausgehend von den Erfahrungen, die dem ersten und zweiten Verbraucherbericht der Bundesregierung, den einschlägigen Beschlüssen des Verbraucherbeirats sowie der Kommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität und dem ersten und zweiten Programm der Europäischen Gemeinschaften für eine Politik zum Schutz und zur Unterrichtung der Verbraucher zugrunde liegen, muß daher auch in Deutschland versucht werden, das ökonomische Leitbild der Entscheidungsfreiheit der Nachfrager durch eine Modernisierung des Rechts der Vertragsanbahnung besser als bisher in die Realität umzusetzen. Rechtstatsächliche Untersuchungen ergaben, daß gerade auf dem Gebiet der Vertragsanbahnung eine bürgerlich-rechtliche Schutzlücke zu Lasten der Nachfrageseite besteht. Diese muß auch im Hinblick auf die anstehende UWG-Novelle geschlossen werden.

Dazu bedarf es zuerst einmal einer kritischen Bestandsaufnahme der gegenwärtigen bürgerlich-rechtlichen Beurteilung der Vertragsanbahnung, denn es ist ja keineswegs so, daß das BGB das Geschehen der Vorbereitung eines Vertrags völlig unberücksichtigt lassen würde. Ein eigenständiges Rechtsinstitut der Haftung für Maßnahmen zur Vertragsanbahnung kennt das BGB aus historischen Gründen allerdings nicht; aber es finden sich zahlreiche Ansatzpunkte, die zur Regelung dieses Bereichs herangezogen werden können. Diese gilt es im Anfechtungsrecht, in Zusammenhang mit §§ 134, 138 sowie mit § 313 BGB (Erwerb von Immobiliareigentum) und insbesondere im Gewährleistungsrecht des BGB näher zu untersuchen. Einen Schwerpunkt bildet dabei eine kritische Überprüfung des Systems der Haftung für Sachmängel. Zu diesem Zweck wird eine ökonomische Analyse des Kaufrechts, insbesondere des Gewährleistungsrechts durchgeführt. Die von der deutschen Rechtswissenschaft bislang nur vereinzelt beachtete und nur sehr sporadisch zur Anwendung gebrachte Methode der ökonomischen Analyse des Rechts wird in einem Exkurs vorgestellt und ihre Bedeutung und Aussagekraft für das bürgerliche Vertragsrecht exemplarisch am Gewährleistungsrecht dargelegt; dabei muß, methodologisch betrachtet, der Versuch unternommen werden, zum einen den makrojuristischen Einfluß des Wirtschaftsrechts auf das Privatrecht und zum anderen bestimmte mikro-juristische Aspekte wirtschaftswissenschaftlicher Überlegungen im Rahmen des BGB, insbesondere des Kaufrechts, miteinander abzustimmen und zur Harmonisierung zu bringen. Nach einer zusammenfassenden Darstellung des vertragsrechtlichen Schutzdefizits in dem Bereich der Vertragsanbahnung werden die – begrenzten – Möglichkeiten des BGB zur deliktsrechtlichen Erfassung von Sorgfaltspflichtverletzungen untersucht.

Anschließend wird versucht, für den Bereich der Vertragsanbahnung ein rechtsdogmatisches Fundament in Anlehnung an das Institut der Haftung für vorvertragliches Verschulden, culpa in contrahendo, zu erarbeiten. Dabei wird die Lehre der gesetzlichen Haftung für Schutzpflichtverletzungen herangezogen sowie Rechts-

grund und ökonomische Funktion der Haftung für vorvertragliches Verschulden näher untersucht. Anhand der Unterscheidung der Verletzung des Integritäts- und des Transaktionsinteresses wird zur besseren Systematisierung von unterschiedlichen Fallgruppen der Haftung für c.i.c. die abweichende ökonomische Funktion des dynamischen Vertrags- im Gegensatz zum statischen Deliktsrecht herausgestellt.

Im Rahmen eines Exkurses zur positiven Forderungsverletzung und zur Produzentenhaftung wird die Bedeutung der Unterscheidung des Schutzes des Transaktions- und des Integritätsinteresses für die Verbesserung des rechtsdogmatischen Verständnisses dieser schuldrechtlichen Institute, die sich zusammen mit der Haftung für c.i.c. gleichsam zwischen Vertrags- und Deliktsrecht angesiedelt haben, nutzbar gemacht. Die dabei im Rahmen der ökonomischen Analyse sich ergebenden gemeinsamen rechtssystematischen Aspekte vermögen auf ganzer Linie die Richtigkeit der rechtsdogmatischen Entwicklung dieser nicht näher im BGB geregelten, inzwischen aber wohl schon gewohnheitsrechtlich anerkannten Institute des Schuldrechts zu verifizieren.

Im Anschluß daran wird die Bestimmung der Rechtsnatur und die rechtssystematische Einbettung der Haftung für vertragsanbahnende Erklärungen und Verhaltensweisen in das existierende System der bürgerlich-rechtlichen Vertrauenshaftung vorgenommen; es handelt sich um eine Verschuldenshaftung für nicht rechtsgeschäftliche Erklärungen, die nicht nur einem potentiellen Vertragspartner, sondern auch jedem die Vertragsanbahnung fördernden Dritten, also z. B. auch dem Hersteller, der mit Methoden der Sprungwerbung arbeitet, zur Last zu legen ist. In diesem Zusammenhang wird auch die Frage der Konkurrenzen und der Rechtsfolgen der Haftung für vertragsanbahnende Erklärungen und Verhaltensweisen näher erörtert; es geht um die unterschiedlichen Gestaltungsformen des Ersatzes des negativen Interesses bzw. des Vertrauensschadens sowie um die damit verbundenen praktischen Konsequenzen der Rückabwicklung von Güteraustauschvorgängen.

In der abschließenden Zusammenfassung wird die Haftung für vertragsanbahnende Erklärungen als eine spezielle Form der bürgerlich-rechtlichen Vertrauenshaftung mit einem zum Teil besonderen rechtssystematischen Gepräge gewürdigt. Ziel dieser Haftung ist es, daß der Nachfrager bei einer Vermögensschädigung durch Sorgfaltspflichtverletzung der Angebotsseite im Zusammenhang mit Anstrengungen zur Vertragsanbahnung nicht länger praktisch rechtlos gestellt bleibt; darüber hinaus soll auch die makroökonomische, d. h. transaktionskostensenkende Bedeutung dieser Haftung und damit ihre wirtschaftssteuernde Funktion im Rahmen des Bemühens um eine möglichst optimale Allokation knapper Ressourcen hervorgehoben werden. Das BGB darf sich nicht nur darauf beschränken, individuelle Interessenkonflikte zwischen privaten Wirtschaftssubjekten gerecht und billig zu schlichten, sondern muß auch die konstitutive Funktion der Konfliktlösung für die Funktionsfähigkeit unserer Wirtschaftsordnung im Auge behalten.

Die Untersuchung hat im Sommersemester 1980 der Juristischen Fakultät der Universität München als Habilitationsschrift vorgelegen. Sie ist von Professor

Dr. G. Schricker, Direktor des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Patent-, Urheber- und Wettbewerbsrecht, betreut und gefördert worden; ihm, dessen Rat und Vorbild mich seit Beginn meines Studiums begleiten, möchte ich besonders danken. Dank schulde ich auch Herrn Professor Dr. W. Fikentscher sowie allen denjenigen Mitarbeitern des Max-Planck-Instituts, die meine Arbeit mit Kritik und Anregungen unterstützt haben. Bei den Herausgebern bedanke ich mich für die Aufnahme in die Schriftenreihe, bei der Deutschen Forschungsgemeinschaft für die Beihilfe zu den Druckkosten. Die mühevollen Arbeit der Anfertigung des Manuskripts haben Frau M. Gaugler, Frau E. Hofmann und Frau I. Keil übernommen; bei der Vorbereitung zur Drucklegung hat Frau M. Lindner wertvolle Hilfe geleistet.

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	21
Literaturverzeichnis	27

I. Kapitel. Eine wirtschaftswissenschaftliche Einführung unter Berücksichtigung rechtstatsächlicher Untersuchungen

1. Die Vertragsanbahnung – Darstellung und Definition	55
1.1. Der Kontakt mit einer Werbebotschaft	56
1.2. Die Bewertung der Alternativen	58
1.3. Der Abschluß eines Rechtsgeschäfts	60
1.4. Die Rückkoppelung und Kontrolle	61
1.5. Der Bereich der Vertragsanbahnung	61
2. Die Vertragsanbahnung in der modernen Industriegesellschaft	64
3. Der Verbraucher und die Vertragsanbahnung im System der sozialen Marktwirtschaft	67
3.1. Die Stellung der Nachfrageseite	67
3.2. Die Notwendigkeit und Legitimation eines privatrechtlichen Schutzes	70
4. Die aktuelle Situation der Vertragsanbahnung in Deutschland. Eine rechtstatsächliche Bestandsaufnahme	74
4.1. Schäden in Milliardenhöhe – Spekulationen oder Realität?	74
4.2. Die rechtstatsächlichen Untersuchungen des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Patent-, Urheber- und Wettbewerbsrecht ...	79
4.2.1. Die Verbraucherverbandsklage	79
4.2.2. Verbraucherschäden durch unlauteren Wettbewerb	84
4.3. Drei exemplarische Fälle	89
4.3.1. Preistäuschung durch ein Werbeinserat	89
4.3.2. Unrichtige Angaben von Produkteigenschaften in einem Werbeprospekt	90
4.3.3. Falsche Berühmung eines Sammlerwerts	91

II. Kapitel. Der Schutz des wirtschaftlich Schwächeren und Unerfahrenen im Privatrecht – Ein Überblick

1. Die historische Ausgangssituation	93
2. Die aktuelle Situation	96
3. Das Schutzdefizit hinsichtlich der Vertragsanbahnung von Kaufverträgen	103

III. Kapitel. Die bürgerlich-rechtliche Beurteilung der Vertragsanbahnung

1. Der Begriff „Vertragsanbahnung“	110
2. Untersuchungsgegenstand und Ziele	113

3. Die Vertragsanbahnung als Aufforderung zur Abgabe eines Angebots („ <i>invitatio ad offerendum</i> “)	114
4. Die Anfechtbarkeit von Rechtsgeschäften	118
4.1. Erklärungsirrtum – § 119 Abs. 1 Satz 1, 2. Alternative BGB	118
4.2. Inhaltsirrtum – § 119 Abs. 1 Satz 1, 1. Alternative BGB	120
4.3. Eigenschaftsirrtum – § 119 Abs. 2 BGB	125
4.4. Der Vorrang des Gewährleistungsrechts vor der Anfechtung wegen Eigenschaftsirrtums	132
4.5. Die Geltendmachung der Anfechtung gemäß § 119 BGB	135
4.6. Anfechtung wegen arglistiger Täuschung oder Drohung – § 123 BGB	137
4.7. Zusammenfassung: Möglichkeiten und Grenzen der Anfechtung	144
5. Die Nichtigkeit von Rechtsgeschäften	146
5.1. Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot – § 134 BGB	146
5.1.1. Unlauterer Wettbewerb durch Abschluß eines Rechtsgeschäfts	147
5.1.2. Rechtsgeschäfte, die notwendiger Bestandteil unlauteren Verhaltens sind	148
5.1.3. Folgeverträge	149
5.2. Verstoß gegen die guten Sitten – § 138 BGB	153
5.2.1. § 138 Abs. 1 BGB – sittenwidrige Rechtsgeschäfte	153
5.2.2. § 138 Abs. 2 BGB – Wucher	162
5.3. Treu und Glauben, Wegfall der Geschäftsgrundlage – § 242 BGB	165
6. Vertrag über den Erwerb von Grundstückseigentum – § 313 BGB	167
7. Die Gewährleistung für Sachmängel – §§ 459 ff. BGB	171
7.1. Allgemeine Überlegungen	171
7.1.1. Die Abstimmung mit dem Recht der allgemeinen Leistungsstörungen	172
7.1.2. Das Regelungsmodell und seine Herkunft aus dem römischen Recht	172
7.1.3. Sachsubstanz und Sachfunktionen	174
7.1.4. Stückkauf – Gattungskauf: Primat des Stückkaufs	176
7.1.5. Die Unterscheidung Gattungskauf – Stückkauf	180
7.1.6. Die Abdingbarkeit von Gewährleistungsansprüchen	181
7.1.7. Gewährleistung und Ansprüche aus vorvertraglichem Verschulden (c.i.c.)	183
7.1.8. Das Problem der Aufgaben- und Funktionsteilung auf der Angebotsseite	186
7.2. Die Voraussetzungen der Gewährleistung im einzelnen	191
7.2.1. Ein Beispielfall	191
7.2.2. Fehler einer Kaufsache (Stückkauf) – § 459 Abs. 1 BGB	193
7.2.2.1. Nach dem Verträge vorausgesetzter Gebrauch	193
7.2.2.2. Die Grenzen des Fehlerbegriffs der §§ 459 ff. BGB	201
7.2.3. Die Zusicherung von Eigenschaften – § 459 Abs. 2 BGB	205
7.2.4. Exkurs: Die Haftung für Katalogangaben im Rahmen des Reiseveranstaltungsvertrages – §§ 631, 651 a ff. BGB	210
7.2.5. Der Gattungskauf – § 480 BGB	213
7.2.6. Arglistiges Verschweigen eines Fehlers – §§ 463, 480 Abs. 2 BGB	215
7.2.7. Zusammenfassung: Die Mängel der bürgerlich-rechtlichen Sachmängelhaftung	216

7.3. Exkurs: Vertragsanbahnung und Haftung aus Gewährleistung nach dem Haager Einheitlichen Kaufabschlußgesetz (EKAbschlußG) und Kaufgesetz (EKG)	218
7.3.1. Vertragsanbahnung und Vorverhandlungen	219
7.3.2. Gewährleistung	219
8. Ökonomische Analyse des Kaufrechts	226
8.1. Exkurs: Der methodologische Ansatz der ökonomischen Analyse des Rechts („Economic Analysis of Law“)	227
8.1.1. Herkunft und Rezeption durch die deutsche Rechtstheorie	227
8.1.2. Grundlagen und Ausrichtung der ökonomischen Analyse des Rechts	229
8.1.3. Die methodologische Einordnung der ökonomischen Analyse des Rechts	232
8.1.3.1. Die ordo-liberale Wirtschaftstheorie	233
8.1.3.2. Der Stellenwert der Rechtstatsachenforschung	233
8.1.3.3. Die öffentliche Funktion des Privatrechts	235
8.1.4. Die Bedeutung der ökonomischen Analyse des Rechts für das Vertragsrecht	238
8.1.4.1. Allgemeine Geschäftsbedingungen	241
8.1.4.2. Die richtige Haftungszuweisung	242
8.1.4.3. Bürgerliches Recht und Kartellrecht	244
8.2. Ökonomische Analyse des Kaufrechts unter besonderer Berücksichtigung der Haftung für Werbeangaben	248
8.2.1. Schadensersatz als Sanktion für irreführende Informationen	248
8.2.2. Ansatzpunkt und Zuweisung der Haftung	250
8.2.3. Die Angebotsseite als „Cheapest Cost Avoider“	252
8.2.4. Die kaufrechtliche Situation	254
8.2.5. Die ökonomische Bewertung	258
9. Deliktsrecht	263
9.1. § 823 Abs. 1 BGB – Die beschränkte Generalklausel	263
9.1.1. Reine Vermögensschäden	263
9.1.2. Eigentum und Besitz	264
9.1.3. Allgemeines Persönlichkeitsrecht	265
9.1.3.1. Wettbewerbsrechtliche Beurteilung	265
9.1.3.2. Bürgerlich-rechtliche Beurteilung	266
9.1.4. Exkurs: Bindung an einen ex post unerwünschten Kaufvertrag als ein Vermögensschaden	275
9.1.4.1. Objektive Differenz zwischen Leistung und Gegenleistung	276
9.1.4.2. Minderwertige Ware zum dafür marktüblichen Preis	277
9.2. § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit einem Schutzgesetz	284
9.2.1. Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb	284
9.2.2. Strafrechtliche Vorschriften, insbesondere § 263 StGB (Betrug)	284
9.2.3. Sonstige Schutzgesetze – Ein Überblick	286
9.3. § 826 BGB – Vorsätzliche sittenwidrige Schädigung	289
10. Zusammenfassung zum III. Kapitel: Ökonomische Analyse der bürgerlich-rechtlichen Beurteilung der Vertragsanbahnung	292

IV. Kapitel. Vertragsanbahnung und Erklärungshaftung

1. Die Haftung für vorvertragliches Verschulden – Culpa in contrahendo	295
1.1. Die Lehre vom gesetzlichen Schutzverhältnis	296
1.2. Rechtsgrund und ökonomische Funktion der Haftung für vorvertragliches Verschulden	300
1.2.1. Die Entwicklung der herrschenden Meinung	300
1.2.2. Der ökonomische Hintergrund	307
1.2.3. Der Schutz des „status quo“ und des „status ad quem“	308
1.3. Die Verletzung des Integritäts- und des Transaktionsinteresses. Zur Unterscheidung der ökonomischen Funktion des Vertragsrechts vom Deliktsrecht	309
1.3.1. Transaktionsinteresse	310
1.3.2. Integritätsinteresse	310
1.3.3. Die Unterscheidung der ökonomischen Funktion des Vertragsrechts vom Deliktsrecht	314
1.3.3.1. Ökonomische Funktion des Vertragsrechts	315
1.3.3.2. Ökonomische Funktion des Deliktsrechts	316
1.3.3.3. Die ökonomische Sonderbeziehung: Der Deckungsbeitrag	317
1.3.3.4. Vertraglicher und vorvertraglicher Schutz	319
1.3.4. Der Schutz des Integritätsinteresses durch die Haftung aus c. i. c.	320
1.3.5. Exkurs: Positive Forderungsverletzung und Produzentenhaftung in der Sicht der ökonomischen Analyse	324
1.3.5.1. Positive Forderungsverletzung	326
1.3.5.2. Produzentenhaftung	330
1.3.5.3. Produzentenhaftung und vertragsähnliche Beziehungen	338
1.4. Ansatzpunkt und Beginn der Haftung für vorvertragliches Verschulden	340
1.4.1. Literatur	340
1.4.2. Rechtsprechung	342
1.4.3. „Vorverkauf“ durch Werbung	344
2. Die Haftung für vertragsanbahnende Werbeerklärungen	347
2.1. Verschuldenshaftung für nicht rechtsgeschäftliche Erklärungen	347
2.2. Die Verletzung von Informations- und Aufklärungspflichten	350
2.2.1. Vertragsbezogene Aufklärungs- und Schutzpflichten	350
2.2.2. Falsche oder irreführende Werbeangaben	352
2.2.3. Verletzung von Aufklärungspflichten	354
3. Die Zuweisung der Haftung für vertragsanbahnende Erklärungen. Das Problem der Funktionsaufspaltung zwischen Industrie und Handel	360
3.1. Die Funktionsaufspaltung	360
3.2. Entwicklung der Rechtsprechung	362
3.3. Haftung für Sprungwerbung	366
4. Konkurrenzen	369
4.1. Haftung des Werbenden, der nicht Vertragspartner des Käufers ist	369
4.2. Haftung des Werbenden, der auch Vertragspartner des Käufers ist	370
4.2.1. Die Aussagekraft der Materialien	371
4.2.2. Das „innere System“ der §§ 459 ff.	373
4.2.3. Ergebnis: Anspruchskonkurrenz	375

5. Die Rechtsfolgen der Haftung für Werbeangaben	377
5.1. Die Einordnung in das System der Schadensersatzhaftung: Mitverschulden, Beweislast, Verjährung und Schadensermittlung gemäß § 287 ZPO	377
5.1.1. Mitverschulden	379
5.1.2. Beweislastverteilung	380
5.1.3. Verjährung	382
5.1.4. Schadensermittlung gemäß § 287 ZPO	385
5.2. Einzelheiten zum Ersatz des Vertrauensschadens	386
5.2.1. Schadensersatz, wenn kein Vertragsabschluß zustande kommt	387
5.2.2. Schadensersatz bei Vertragsabschluß	389
5.2.3. Die Probe aufs Exempel	393
6. Voraussetzungen und Funktion der Haftung für vertragsanbahnende Erklärungen. Zusammenfassung zum IV. Kapitel	395
Sachregister	401

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Österreich)
Abs.	Absatz
AbzG	Abzahlungsgesetz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
AfP	Archiv für Presserecht
AG	Amtsgericht
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäfts- bedingungen
allg.	allgemein
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten
Alt.	Alternative
Anm.	Anmerkung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
ArchBR	Archiv für Bürgerliches Recht
arg.	argumentum
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
AO	Abgabenordnung
Aufl.	Auflage
AWD	Außenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters
BB	Der Betriebs-Berater
Bd.	Band
betr.	betreffend
BGBI.	Bundesgesetzblatt
Bekl.	Beklagte(r)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt.	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen. Amtliche Sammlung
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen. Amtliche Sammlung
BKartA	Bundeskartellamt
Bl.	Blatt
BRAGebO	Bundesrechtsanwaltsgebührenordnung
BR-Drucks.	Bundesrats-Drucksache
BT	Besonderer Teil
BT-Drucks.	Bundestags-Drucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht

BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. Amtliche Sammlung
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts. Amtliche Sammlung
bzw.	beziehungsweise
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
d. h.	das heißt
Diss.	Dissertation
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DR	Deutsches Recht
DRiz	Deutsche Richterzeitung
dt.	deutsch
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
EGBGB	Einführungsgesetz zum BGB
Einl.	Einleitung
f., ff.	und die folgende(n) Seite(n)
FamRZ	Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht. Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
Fußn.	Fußnote
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht
gem.	gemäß
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
Gruchot	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von J. A. Gruchot
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Zeitschrift der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht. Inlandsteil
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil (bis 1966: Auslands- und Internationaler Teil)
GS	Großer Senat
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
GZS	Großer Zivilsenat
Halbs.	Halbsatz
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
HdSW	Handwörterbuch der Sozialwissenschaften
HdWW	Handwörterbuch der Wirtschaftswissenschaften
HGB	Handelsgesetzbuch
h. L.	herrschende Lehre
h. M.	herrschende Meinung
Hrsg., hrsg.	Herausgeber, herausgegeben von
i. d. F.	in der Fassung
i. d. R.	in der Regel

i. d. S.	in diesem Sinne
insb.	insbesondere
IPR	Internationales Privatrecht
i. S.	im Sinne
i. S. d.	im Sinne der (des)
i. S. v.	im Sinne von
JA	Juristische Arbeitsblätter
JherJb	Jherings Jahrbücher der Dogmatik des Bürgerlichen Rechts
JR	Juristische Rundschau
JurA	Juristische Analysen
Jura	Juristische Ausbildung
JurJb	Juristen-Jahrbuch
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KG	Kammergericht Berlin
KJ	Kritische Justiz
Kl.	Kläger(in)
Komm.	Kommentar
LadSchlG	Gesetz über den Ladenschluß (Ladenschlußgesetz)
LG	Landgericht
LKartB	Landeskartellbehörde
LM	Lindenmeier-Möhring. Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
MA	Der Markenartikel
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
m. E.	meines Erachtens
MHRG	Gesetz zur Regelung der Miethöhe
Mot.	Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Amtliche Ausgabe
n. F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NWB	Neue Wirtschafts-Briefe
ÖBl.	Österreichische Blätter für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
OGH	Oberster Gerichtshof (Österreichs)
o. J.	ohne Jahresangabe
OLG	Oberlandesgericht
OR	Obligationenrecht (Schweiz)
PreisAngVO	Preisangabenverordnung (früher: Preisauszeichnungsverordnung)
Prot.	Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Amtliche Ausgabe

RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RabG	Rabattgesetz. Gesetz über Preisnachlässe
RBerg	Rechtsberatungs(mißbrauchs)-Gesetz
RdA	Recht der Arbeit
Rdz.	Randziffer
Recht	Das Recht
RG	Reichsgericht
RGRK	Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar, herausgegeben von den Mitgliedern des Bundesgerichtshofes (früher: Reichsgerichtsräte-Kommentar)
RGSt.	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen. Amtliche Sammlung
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Amtliche Sammlung.
RIW/AWD	Recht der Internationalen Wirtschaft. Außenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Seite
s. (oder S. am Satzanfang)	siehe
s. a.	siehe auch
SeuffA	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
s. o.	siehe oben
sog.	sogenannt (-e, -en, -er, -es)
SonderveranstaltungsAO	Anordnung zur Regelung von Verkaufsveranstaltungen besonderer Art
StGB	Strafgesetzbuch
str.	streitig
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
u.	und
u. a.	und andere, unter anderem
UFITA	Archiv für Urheber-, Film- und Theaterrecht
UrhG	Urheberrechtsgesetz
usw.	und so weiter
u. U.	unter Umständen
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
VersR	Versicherungsrecht
VerwArch	Verwaltungsarchiv
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
VOB	Verdingungsordnung für Bauleistungen
Vorbem.	Vorbemerkung(en)
VVG	Gesetz über den Versicherungsvertrag

Warn.	Warneyer. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts
WiR	Wirtschaftsrecht. Beiträge und Berichte aus dem Gesamtbereich des Wirtschaftsrechts
WiSt	Wirtschaftswissenschaftliches Studium
WM	Wertpapier-Mitteilungen
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
WuW/E	Wirtschaft und Wettbewerb. Entscheidungssammlung
WZG	Warenzeichengesetz
ZAW	Zentralausschuß der Werbewirtschaft
z.B.	zum Beispiel
ZGB	Zivilgesetzbuch (Schweiz)
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht (bis Band 123: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht)
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZS	Zivilsenat
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft
ZugabeVO	Zugabeverordnung. Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutze der Wirtschaft
zutr.	zutreffend
ZVP	Zeitschrift für Verbraucherpolitik

Literaturverzeichnis

(Zitierweise in Klammern)

Von mehreren Erscheinungsorten wird nur der erste genannt. Hinsichtlich der Abkürzungen wird (auf das Abkürzungsverzeichnis auf S. 22ff. sowie) auf Kirchner, H., Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 2. Aufl., Berlin 1968, verwiesen.

- | | |
|---|---|
| <i>Ahrens, H.-J.</i> | Das Vertragslösungsrecht nach der geplanten UWG-Novelle, WRP 1978, 677ff. |
| <i>Althammer, W.</i> | Warenzeichengesetz, Kommentar, Köln 1973 (Althammer) |
| <i>Anhalt, P.</i> | Produzentenhaftung, Rechtsgrundlagen, Haftungsrisiken, Absicherungsmöglichkeiten, Kissing 1978 |
| <i>Assmann/Kirchner/Schanze (Hrsg.)</i> | Ökonomische Analyse des Rechts, Kronberg 1978 (Assmann/Kirchner/Schanze) |
| <i>Bachmann, R.</i> | Die Nichtigkeit von Teilzahlungskrediten nach der neueren Rechtsprechung und ihre Folgen, NJW 1979, 2082ff. |
| <i>Badura, P.</i> | Wirtschaftsverwaltungsrecht in Besonderes Verwaltungsrecht, hrsg. von Ingo v. Münch, 3. Aufl., Frankfurt a.M. 1972 |
| <i>Ballerstedt, K.</i> | Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluß durch Stellvertreter, AcP 151 (1950/51), 501ff.
Die Haftung des Ehegatten als Stellvertreter für culpa in contrahendo?, FamRZ 1955, 200ff. |
| <i>Barth</i> | Der soziale Kontakt als Haftungsgrund. Ein Beitrag zur Kritik der „faktischen“ Vertragsverhältnisse, Diss. Göttingen 1947 |
| <i>Bartholomeyczik, H.</i> | Äquivalenzprinzip, Waffengleichheit und Gegengewichtsprinzip in der modernen Rechtsentwicklung, AcP 166 (1966), 30ff. |
| <i>Bartl, H.</i> | Die Urlaubsreise und ihre Beeinträchtigung, NJW 1972, 505ff.
Das neue Fernunterrichtsschutzgesetz, NJW 1976, 1933ff.
Verbraucherschutz im Durchbruch, ZRP 1976, 13ff.
Das neue „Reisevertragsrecht“, NJW 1979, 1384ff. |
| <i>Batzer/Laumer</i> | Neue Vertriebswege in Industrie und Handel, München 1963 |
| <i>Baudenbacher, C.</i> | Suggestivwerbung und Lauterkeitsrecht, Zürich 1978 |
| <i>Baumann, D.</i> | Haustürgeschäfte in Frankreich, GRUR Int. 1977, 268 |
| <i>Baumbach/Duden</i> | Handelsgesetzbuch, Kommentar, 22. Aufl., München 1977 |
| <i>Baumbach/Hefermehl</i> | Warenzeichenrecht, Kommentar, 10. Aufl., München 1969
Wettbewerbsrecht, Kommentar, 12. Aufl., München 1978 (Baumbach/Hefermehl) oder (B.-H.) |
| <i>Baumert</i> | Tatbestand und Haftungsmaßstab der einzelnen Pflichten bei der culpa in contrahendo, Diss. Berlin 1955 |

- Baur, J. F.* Einige Bemerkungen zum Stand des Schadensausgleichsrechts in Festschrift für L. Raiser, 1974, S. 119 ff.
Die Gewährleistungshaftung des Unternehmensverkäufers, BB 1979, 381 ff.
- Becker, H.* in Berner Kommentar, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Bern 1941
- Beier, U.* Vergleichende Warentests. Aufgaben, Ergebnisse und Möglichkeiten in Forum Ware – Wissenschaft und Praxis 5 (1977), Nr. 3–4, 137 ff.
Zum Einfluß beschränkter Markttransparenz auf die Kaufentscheidung der Privathaushalte. Dargestellt am Beispiel von Waren der Komfortausstattung, Universität Hamburg, Bericht Nr. 0611/10 aus 1977
Entscheidungsbedingte Kaufkraftverluste: Formen, Umfang und verbraucherpolitische Relevanz, Manuskript vom 21. 9. 1977, vgl. auch ZVP 1978, 159 ff.
- Berg, H.* Der finanzierte Ehemäklervvertrag, JuS 1973, 548 ff.
Verträge mit Drittschutzwirkung und Drittschadensliquidation, JuS 1977, 363 ff.
- Berger* Die Grenzen der Haftung für Verschulden bei Vertragsverhandlungen. Ein Beitrag zur Lehre von der culpa in contrahendo de lege lata und de lege ferenda, Diss. Göttingen 1935
- Bergler, A.* Werbung – Meinungen, Märkte, Mechanismen, MA 1975, 280 ff.
- Beuthien/Hadding/Lüderitz/Medicus/Wolf* Studienkommentar zum BGB, Frankfurt a.M. 1975 (Studienkommentar, Verfasser)
- Bidlingmeier, I.* Marketing 1 und 2, Rheinbeck 1973
- Bierwirth, R.* Strategie der Verbraucheraufklärung, Düsseldorf 1971
- Bievert/Schaffart/Zik/Schmölders* Konsum und Qualität des Lebens, Opladen 1974
- Blankenburg, E. (Hrsg.)* Empirische Rechtssoziologie, München 1975
- Blaurock, U.* Der Reiseveranstaltungsvertrag, in Deutsche handels- und wirtschaftsrechtliche Landesberichte zum IX. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung, Teheran 1974
- Blume/Müller/Röper* Werbung für Markenartikel – Auswirkungen auf Markttransparenz und Preise, Göttingen 1976
- Bluth, S.* Rebellion der Verbraucher, Oldenburg 1974
- Bodewin, A.* Leasingverträge im Handels- und Steuerrecht, NWB 1978, 715 ff.
- Böhm, F.* Wettbewerb und Monopolkampf, Berlin 1933
- Boehmer, G.* Rechte und Pflichten des Käufers einer gestohlenen Sache, JZ 1953, 932 ff.
- Bohrer, M.* Die Haftung des Dispositionsgaranten, Ein Beitrag zur Lehre von der negativen Vertrauenshaftung, Diss. München 1980 (Bohrer)
- Borkel, W.* Erfahrungen eines Flop-Analytikers, Absatzwirtschaft 1977, 34 ff.

- Brand, H. W.* Die Legende von den geheimen Verführern, Weinheim 1978
- Brandner, H. E.* Abnehmerschutz im Wettbewerbsrecht, in Festschrift für R. Fischer, Berlin 1979, S. 19 ff.
- v. Braunschweig, C.* Der Konsument und seine Vertretung, Heidelberg 1965
- Brendel, Th.* Qualitätsrecht, Die technisch-ökonomischen Implikationen der Produzentenhaftung, Berlin 1976
- Brückner, P.* Die informierende Funktion der Wirtschaftswerbung. Probleme und Problemwandel, Berlin 1967
- Brusatti, A.* Wirtschaft und Sozialgeschichte des industriellen Zeitalters, 2. Aufl., Graz 1968
- Bülow, P.* Psychologischer Kaufzwang – ein Schlagwort, GRUR 1971, 64 ff.
Tiefenpsychologie in Werbung und Wettbewerbsrecht, WRP 1971, 299 ff.
Der psychologische Kaufzwang, Diss. Frankfurt a.M. 1972
- v. Büren, B.* Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964
- v. Caemmerer, E.* Wandelungen des Deliktsrechts, in 100 Jahre deutsches Rechtsleben, Festschrift Deutscher Juristentag, Karlsruhe 1960
„Mortuus redhibetur“, in Festschrift für Larenz, München 1973, S. 621 ff.
Probleme des Haager einheitlichen Kaufrechts, AcP 178 (1978) 121 ff.
- Canaris, C. W.* Geschäfts- und Verschuldensfähigkeit bei Haftung aus „culpa in contrahendo“, Gefährdung und Aufopferung, NJW 1964, 1987 ff.
Ansprüche wegen „positiver Vertragsverletzung“ und „Schutzwirkung für Dritte“ bei nichtigen Verträgen, JZ 1965, 475 ff.
Haftung Dritter aus positiver Forderungsverletzung?, VersR 1965, 114 ff.
Das Verlöbnis als „gesetzliches“ Rechtsverhältnis, AcP 165 (1965) 1 ff.
Die Produzentenhaftungspflicht in dogmatischer und rechtspolitischer Sicht, JZ 1968, 494 ff.
Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts, Berlin 1969 (Systemdenken)
Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, München 1971 (Canaris)
Kommentierung in RGRK/HGB, Bankvertragsrecht, Band III, 2. Halbband, Berlin 1975 (RGRK/HGB)
- Cappelletti/Garth (Hrsg.)* Access to Justice. A World Survey, Mailand 1978
- Cassel, D.* Manipulation des Verbrauchers?, Wirtschaftsdienst 1971, 217 ff.

- Coase, R.* The Problems of Social Cost, *Journal of Law and Economics* 3 (1960), 1 ff.
- Coing, H.* Wirtschaftswissenschaften und Rechtswissenschaften, in *Das Verhältnis der Wirtschaftswissenschaft zur Rechtswissenschaft, Soziologie und Statistik*, Hrsg. von Raiser/Sauer-
mann/Schneider Berlin 1964, S. 1 ff.
Haftung aus Prospektwerbung für Kapitalanlagen in der
neueren Rechtsprechung des BGH, *WM* 1980, 206 ff.
- v. Craushaar, G.* Der Einfluß des Vertrauens auf die Privatrechtsbildung,
München 1969
- Crisolli/Ostler* Abzahlungsgesetz Kommentar, 5. Aufl., Berlin 1958
- Crodel* Verschulden beim Vertragsschluß, Diss. Königsberg 1925
- de la Cuesta Rute, J. M.* Regimen Jurídico de la publicidad, Madrid 1974
- Damm, R.* Verbraucherrechtliche Sondergesetzgebung und Privat-
rechtssystem, *JZ* 1978, 173 ff.
- Daum, W.* Der Bundesgerichtshof zum finanzierten Abzahlungskauf,
NJW 1968, 372 ff.
- Dernburg, H.* Die allgemeinen Lehren des bürgerlichen Rechts des Deut-
schen Reiches und Preußens, 3. Aufl., Halle 1901
- Deutsch, E.* Produktheftung: Der besteuerte und mit Gewinnanteilen
belastete Griff des Kunden in die eigene Tasche, *BB* 1979,
1325 ff.
- Dichter, E.* Handbuch der Kaufmotive. Der selling appeal von Waren,
Werkstoffen und Dienstleistungen, Wien 1964
- Dichtl, E.* Verbraucherschutz in der Marktwirtschaft, Berlin 1975
Die Beweisnot der Verbraucherschützer, *Wirtschaftsdienst*
1975, 440 ff.
Grundidee und Bedeutung des Markenartikels, in *Markenar-
tikel heute*, Wiesbaden 1978
- Diederichsen, U.* Das Zusammentreffen von Ansprüchen aus Verschulden
beim Vertragsschluß und Sachmängelgewährleistung, *BB*
1965, 401 ff.
Schadensersatz wegen Nichterfüllung und Ersatz von Man-
gelfolgeschäden, *AcP* 165 (1965), 150 ff.
Die Haftung des Warenherstellers, Karlsruhe 1967
Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches für Stu-
dientenanfänger, Karlsruhe 1969
Die Deckung des Produktheftungspflichtrisikos im Rahmen der
Betriebshaftpflichtversicherung, *VersR* 1971, 1077 ff.
Wohin treibt die Produzentenhaftung?, *NJW* 1978, 1281 ff.
- Diers* Ersatzansprüche Dritter bei c.i.c. Kann eine Haftung für
Verschulden bei Vertragsverhandlungen auch gegenüber
weiteren an den Verhandlungen nicht unmittelbar beteilig-
ten Personen begründet sein?, Diss. Münster 1962
- Diester, H.* Das heutige Raumeigentum. Ein kritischer Erfahrungsbe-
richt, *NJW* 1970, 1107 ff.
Zwanzig Jahre Wohnungseigentum, *NJW* 1971, 1153 ff.

- Dietlein/Rebmann* AGB aktuell, Köln 1976
- Dietrich, G.* Der Kauf im Selbstbedienungsladen, DB 1972, 957 ff.
- Dölle, H.* Außergesetzliche Schuldpflichten, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft (ZGesStW) 103 (1963), 67 ff.
Kommentar zum Einheitlichen Kaufrecht, München 1976 (Dölle)
- Dömpke* Die Grundlagen und der Umfang der Haftung für Verhalten bei Vertragsverhandlungen, Diss. Königsberg 1933
- Döppner, H. W.* Verkaufsförderung – eine Marketing-Funktion. Dargestellt am Beispiel der Konsumgüterindustrie, Berlin 1977
- Dörner, H.* Zur Anwendung des Fernunterrichtsschutzgesetzes, BB 1977, 1739 ff.
Verbraucherschutz bei privatem Direktunterricht, NJW 1979, 241 ff.
- Donner, W.* Mythos und Möglichkeit einer Konsumentensouveränität, in Gewerkschaftliche Monatshefte, H. 4, 1953, 658 ff.
- Dreher, E.* Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 36. Aufl., München 1976
- Dreier, W.* Funktion und Ethos der Konsumwerbung, München 1965
- Dunz/Kraus* Haftung für schädliche Ware, Bad Homburg 1969
- Durchlaub, W.* Rückstellungen für Gewährleistungs- und Ersatzansprüche, BB 1979, 825 ff.
- Eberle, R.* Die Haftung des Reiseveranstalters, BB 1973 (7) Beilage 3
- Ehlers, W.* Der Geldersatz für immaterielle Schäden bei deliktischen Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, Berlin 1977 (Ehlers)
- Emmerich, V.* Das Recht der Leistungsstörungen, München 1978 (Emmerich)
- Engelhardt, W.* Konsumentensouveränität und Unternehmerautonomie, WiSt 1976, 545 ff.
- Engisch, K.* Die Einheit der Rechtsordnung, Heidelberg 1935
- Enneccerus/Lehmann* Recht der Schuldverhältnisse 15. Bearbeitung, Tübingen 1958 (Enneccerus/Lehmann)
- Enneccerus/Nipperdey* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl., Tübingen 1960 (Enneccerus/Nipperdey)
- Erkelenz, G.* Urlaub und Reisen, in Handbuch des Verbraucherrechts, hrsg. von AgV/DGB, Gruppe 150
- Erman, W.* Beiträge zur Haftung für das Verhalten bei Vertragsverhandlungen, AcP 139 (1934), 273 ff.
- Erman, W. (Hrsg.)* BGB-Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 6. Aufl., Münster 1976 (Erman/Verfasser)
- Esser, J.* Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Frankfurt a.M. 1970
- Esser/Schmidt* Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Teilband 1 und Teilband 2, (UTB) Heidelberg 1976 (Esser/Schmidt, Teilband)
- Esser/Weyers* Schuldrecht, Besonderer Teil, 5. Aufl., Bd. II, Teilband 1,

- Heidelberg 1977 (Esser/Weyers) bzw. (Esser/Weyers, UTB), Uni-Taschenbuch Nr. 705 (Nachdruck)
- Eucken, W.* Grundlagen der Nationalökonomie, 7. Aufl., Berlin 1959
Die Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 3. Aufl., Tübingen 1960
- Evans-von Krbeek, F.-S.* Nichterfüllungsregeln auch bei weiteren Verhaltens- oder Sorgfaltspflichtverletzungen, AcP 179 (1979), 85 ff.
- Faber, H.* Innere Geistesfreiheit und suggestive Beeinflussung, Berlin 1968
- Fabricius, F.* Schlechtlieferung und Falschlieferung beim Kauf, JuS 1964, 46 ff.
- v. Falckenstein, R.* Wettbewerbsrechtlicher Verbraucherschutz in der Praxis. Statistische Bestandsaufnahme – notwendige Verbesserungen, in Mitarbeiterfestschrift für E. Ulmer, Köln 1973, 307 ff.
Die Bekämpfung unlauterer Geschäftspraktiken durch Verbraucherverbände, Bonn 1977 (Falckenstein I)
Praktische Erfahrungen mit der Verbraucherverbandsklage in Deutschland, ZVP 1977, 172 ff.
Verbraucherverbandsklage, Schädigungen der Konsumenten und UWG-Novelle, WRP 1978, 502 ff.
Konsumentenschädigung durch unlautere Geschäftspraktiken, ZVP 1978, 303 ff.
Schäden der Verbraucher durch unlauteren Wettbewerb, Bonn 1979 (Falckenstein II)
- Fernández-Nóvoa, C.* Die belastigende Werbung, GRUR Int. 1973, 436 ff.
- Fichtner* Positive Vertragsverletzung und Verschulden beim Vertragsschluß, Diss. Heidelberg 1961
- Fikentscher, W.* Vertrag und wirtschaftliche Macht, in Festschrift für Hefermehl, München 1971, S. 41 ff.
Schuldrecht, 6. Aufl., Berlin 1976 (Fikentscher)
Methoden des Rechts, Bd. III, Mitteleuropäischer Rechtskreis, Tübingen 1976
Kartellrecht in Jurisprudenz, hrsg. von Weber-Fas, Stuttgart 1979, S. 243 ff.
- Finck, G.* Bücher zur Verbraucherpolitik, WiSt 1976, 579 ff.
- Fischer/Winkelmann* Verbraucherbeeinflussung durch die Anbieterseite in Verbraucherbeforschung (Hrsg. H. Matthöfer), Frankfurt a.M. 1977
- Flume, W.* Eigenschaftsirrtrum und Kauf, Münster 1948 (Eigenschaftsirrtrum)
Rechtsgeschäft und Privatautonomie, in Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift Deutscher Juristentag, Karlsruhe 1960, S. 135 ff.
Das Rechtsgeschäft und das rechtlich relevante Verhalten, AcP 161 (1962), 52 ff.
Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 2. Band, Das Rechtsgeschäft, 3. Aufl., Berlin 1979 (Flume)

- Eigenschaftsirrthum und Sachmängelhaftung beim Spezieskauf, DB 1979, 1637ff.
- Franceschelli/Lehmann* La nuova legge tedesca sulle condizioni generali di contratto (Das neue deutsche Gesetz zur Regelung der allgemeinen Geschäftsbedingungen), Foro Italiano 1978, V, 35ff.
- Franke, H.* Unterschwellige Wahrnehmung – eine kritische Analyse, Diss. München 1969
- Fricke, F. W.* Verbraucherschutz – Klagerecht des Verbrauchers und der Verbraucherverbände aus UWG und BGB, GRUR 1976, 680ff.
- Friedrichs, J.* Methoden der empirischen Sozialforschung, Reinbeck 1973
- Frotz, G.* Die rechtsdogmatische Einordnung der Haftung für culpa in contrahendo, in: Gedenkschrift für Franz Gschnitzer, hrsg. von Faistenberg/Mayrhofer, Innsbruck 1969, S. 163ff. (Frotz)
- Galbraith, J. K.* Verkehrsschutz im Vertretungsrecht, Innsbruck 1972
- Gesellschaft im Überfluß, München 1959
- Die moderne Industriegesellschaft, München 1968
- Gamillscheg, F.* Zivilrechtliche Denkformen und die Entwicklung des Individualarbeitsrechts, AcP 176 (1976), 197ff.
- v. Gamm, O.-F.* Warenzeichengesetz, Kommentar, München 1965
- Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Kommentar, Köln 1977
- Kartellrecht, Kommentar, Köln 1979
- Geigant/Sobotka/Westphal* Lexikon der Volkswirtschaft, München 1975
- Geiss* Die Grundlagen der Haftung für das Verschulden bei Vertragsschluß, Diss. Göttingen 1938
- Geist, M.* Selektive Absatzpolitik, 2. Aufl., Stuttgart 1974
- Gelberg, H.-G.* Kommentar zur Preisangabenverordnung, Düsseldorf 1975
- Georgiadis, A.* Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und Zivilprozeßrecht, München 1967
- Optionsvertrag und Optionsrecht in Festschrift für Larenz, München 1973, S. 409ff.
- Gerhardt, W.* Der Haftungsmaßstab im gesetzlichen Schutzverhältnis (positive Vertragsverletzung, culpa in contrahendo), JuS 1970, 587ff.
- Gerlach, A.* Änderung des Abzahlungsgesetzes, NJW 1969, 1939ff.
- Gernhuber, J.* Drittwirkungen im Schuldverhältnis kraft Leistungsnähe, in: Festschrift für Nikisch, Tübingen 1958, S. 249ff.
- v. Gierke, O.* Die soziale Aufgabe des Privatrechts, 1889, Neudruck Frankfurt a.M. 1948
- Giese, W.* Wichtige Änderung des Abzahlungsgesetzes, BB 1974, 722ff.
- Giesen, D.* Anmerkung zu BGH 19. 6. 1973 (Feuerwerkskörper), JR 1973, 511ff.
- Gilles, P.* Der sogenannte Einwendungsdurchgriff bei finanzierten

- Glasgow, H. (Hrsg.)* Umsatz- und Dienstleistungsgeschäften als rechtspolitisches und methodisches Problem, JZ 1975, 305
 Verbraucherpolitische Vertragsrechtsreformen im Bürgerlichen Gesetzbuch, ZRP 1979, 265 ff.
 Zur neueren Verbraucherschutzgesetzgebung in ihrem Verhältnis zum klassischen Privatrecht, JA 1980, 1 ff. (Gilles)
- Gotthold, J.* Umweltgefährdung und Gesellschaftssysteme, München 1972
 Zur ökonomischen „Theorie des Eigenheims“ ZHR 144 (1980), 545–562
- Grimes, W. S.* Telefonwerbung in den USA, GRUR Int. 1971, 392 ff.
Grimm, B. (Hrsg.) Rechtswissenschaft und Nachbarwissenschaften, 2. Aufl., München 1976
 Der verkaufte Tourist, Wien 1973
- Gröper, K.* Zivilrecht als Gestaltungsaufgabe, Karlsruhe 1977
Großfeld, B. Schutz des Käufers bei Grundstückskaufverträgen, JuS 1971, 177 ff.
Grundsky, W. Das schweizerische Obligationenrecht, 6. Aufl., Zürich 1972
 Grundlagen der Betriebswirtschaftslehre 2. Band, Der Absatz, 15. Aufl., Berlin 1976
- Guhl/Merz/Kummer* Äquivalenzstörung und Sittenwidrigkeit, BB 1977, 1412 ff.
Gutenberg, E. Die Konsumfreiheit, Diss. St. Gallen, Winterthur 1966
 Drittschadensliquidation bei „Gefahrenentlastung“, JuS 1970, 442 ff.
- Hackl, K.* Die Zulässigkeit von Freizeichnungsklauseln im Gebrauchtwagenhandel, NJW 1975, 2276 ff.
Haeflinger, J. C. Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, 2. Aufl., Zweiter Band, Braunschweig 1875
Hagen, H. des Verbraucherrechts (hrsg. von AgV/DGB), Neuwied 1976 (Verfasser, in Verbraucherrecht, Rdz.)
 Die handelsgerichtete Absatzpolitik der Hersteller im Wettbewerb um den Regalplatz, Berlin 1972
- Hager, G.* Zur Instrumentierung des Wirtschaftsrechts am Beispiel der Wirtschaftsverfassung, ZHR 140 (1976), 31 ff.
v. Hahn, F. Culpa in contrahendo als Korrektiv für „ungerechte“ Verträge, JuS 1973, 733 ff.
- Handbuch* Über faktische Vertragsverhältnisse, Leipzig 1941
 Wie ist den Mißbräuchen, welche sich bei den Abzahlungsgeschäften herausgestellt haben, entgegenzuwirken?, Gutachten, Verhandlungen des 21. deutschen Juristentages, 1891.
- Hansen, P.* Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1929
 Beitrag zum Kampf gegen die Güterschlächter, Recht und Wirtschaft, 1912, 165 ff.
- Hart, D.* Wirtschaftssysteme, Theorie und Vergleich, München 1974
 Entwicklungen im Recht gegen unlauteren Wettbewerb, in Festschrift für R. Fischer, Berlin 1979, S. 199 ff.
- Hartwig, O.*
- Haupt, G.*
- Heck, Ph.*
- Hedemann, I.*
- Hedtkamp, G.*
- Hefermehl, W.*

- Heinemann, M.* Einkaufsstättenwahl und Firmentreue des Konsumenten, Wiesbaden 1976
- Heinen, E.* Grundlagen betriebswirtschaftlicher Entscheidungen. Das Zielsystem der Unternehmung, 2. Aufl., Wiesbaden 1971. Industriebetriebslehre. Entscheidungen im Industriebetrieb, 4. Aufl., Wiesbaden 1975
- Heinen/Wenger* Beschränkte Rationalität, Wirtschaftswoche Nr. 44, 1978
- Heinrichs, H.* Der Rechtsbegriff der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, NJW 1977, 1505 ff.
- Heldrich, A.* Die Haager Einheitlichen Kaufgesetze, NJW 1974, 2156 ff.
- Heldrich, K.* Das Verschulden beim Vertragsschluß im klassischen römischen Recht und in der späteren Rechtsentwicklung, Leipzig 1924
- Henning, F.-W.* Die Industrialisierung in Deutschland 1800 bis 1914, Paderborn 1973
- Henning-Bodewig, F.* Die wettbewerbsrechtliche Haftung von Werbeagenturen und Massenmedien nach deutschem und amerikanischem Recht, Diss. München 1980
- Henrich, D.* Die unbewußte Irreführung, AcP 162 (1962), 88 ff. Vorvertrag – Optionsvertrag – Vorrechtsvertrag. Eine dogmatisch-systematische Untersuchung der vertraglichen Bindungen vor und zu einem Vertragsabschluß, Tübingen 1965
- Hepp, C.* Verstärkter Käuferschutz beim Grundstücksverkauf, ZRP 1970, 100 ff.
- Herberger, K.* Rechtsnatur, Aufgabe und Funktion der Sachmängelhaftung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin 1974 (Herberger)
- Hesse, K.* Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Karlsruhe 1967
- Hildebrandt, H.* Erklärungshaftung, Berlin 1931
- Hillermeier, K.* Freiheit und soziale Verantwortung im Vertragsrecht, BB 1976, 725 ff. Material zu Problemen der Verbraucherpolitik, München 1976
- Himmelschein, J.* Erfüllungszwang und Lehre von den positiven Vertragsverletzungen, AcP 135 (1932), 255 ff.
- v. Hippel, E.* Verbraucherschutz, RabelsZ 40 (1976), 513 ff. Verbraucherschutz, 1. Aufl., Tübingen 1974 (2. Aufl. 1979) (v. Hippel)
- Hofmann, E.* Zur Beweislastumkehr bei Verletzung von vertraglichen Aufklärungs- und Beratungspflichten, NJW 1974, 1641 ff.
- Hohloch, G.* „Vertrauenshaftung“ – Beginn einer Konkretisierung, NJW 1979, 2370 ff.
- Hondius, E. H.* Verbraucherinformation und allgemeine Geschäftsbedingungen, in Kolloquium über Verbraucherinformation, Kommissionsbericht 2, Brüssel 1977, S. 75 ff.
- Honsell, H.* Culpa in contrahendo, positive Vertragsverletzung und § 463 BGB, JZ 1976, 361 ff.

- Probleme der Haftung für Auskunft und Gutachten, JuS 1976, 621 ff.
- Hopt, K. J.* Rechtssoziologische und rechtsinformatische Aspekte im Wirtschaftsrecht, BB 1972, 1017 ff.
- Was ist von den Sozialwissenschaften für die Rechtsanwendung zu erwarten?, JZ 1975, 341 ff.
- Horn, N.* Zur ökonomischen Rationalität des Privatrechts. – Die privatrechtstheoretische Verwertbarkeit der „Economic Analysis of Law“, AcP 176 (1976), 307 ff.
- Hoth, J.* Übertriebenes Anlocken, GRUR 1974, 547 ff.
- v. Hoyningen-Huene, G.* Bürgerliches Recht: Die falsche Rechtsauskunft, JuS 1976, 171 ff.
- Huber, U.* Der Unfall des betrogenen Gebrauchtwagenkäufers – BGHZ 57, 137, JuS 1972, 439 ff.
- Zur Haftung des Verkäufers wegen positiver Vertragsverletzung, AcP 177 (1977), 281 ff.
- Zur Dogmatik der Vertragsverletzungen nach einheitlichem Kaufrecht und deutschem Schuldrecht, in Festschrift für v. Caemmerer, Tübingen 1978, S. 837 ff.
- Hubmann, H.* Das Persönlichkeitsrecht, Münster 1953 (2. Aufl. 1967)
- Hueck/Nipperdey* Gewerblicher Rechtsschutz, 3. Aufl., München 1974
- Hüffner, U.* Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7. Aufl., Berlin 1963
- Zusicherung von Eigenschaften der Kaufsache durch schlüssiges Verhalten und Haftung für Entwicklungsschäden, JuS 1973, 606 ff.
- v. Hülsen, H.-V.* Ist die von der EG-Kommission vorgeschlagene Form der strikten Produzentenhaftung eine gute Lösung?, RIW/AWD 1977, 373 ff.
- Hüttner, M.* Grundzüge der Marktforschung, Wiesbaden 1965
- Hummel-Liljegren, H.* Produktsicherheit und Maschinenschutzgesetz, in Handbuch des Verbraucherrechts (hrsg. von AgV/DGB), Gruppe 60a, Neuwied 1976
- Immenga, U.* Fehler oder zugesicherte Eigenschaft, AcP 171 (1971), 1 ff.
- Jahr, G.* Funktionsanalyse von Rechtsfiguren als Grundlage einer Begegnung von Rechtswissenschaft und Wirtschaftswissenschaft, in Raiser/Sauermann/Schneider (Hrsg.), Das Verhältnis der Wirtschaftswissenschaft zur Rechtswissenschaft, Soziologie und Statistik, Tübingen 1964
- Jaschick, J. M.* Verbraucher legen eine lange Wunschliste vor, Handelsblatt 31. 12. 1976, 8 ff.
- Jaschick/Sangenstedt* Wie steht es um den Verbraucherschutz?, Wirtschaftsdienst 1975, 437 ff.
- Jauernig/Schlechtriem* BGB, Bürgerliches Gesetzbuch mit Erläuterungen, Kommentar, München 1979 (Jauernig/Verfasser)
- Jeschke, D.* Konsumentensouveränität in der Marktwirtschaft – Idee, Kritik, Realität, Berlin 1975
- v. Jhering, R.* Culpa in contrahende, in Jahrbücher für die Dogmatik des

- heutigen römischen und deutschen Rechts (Jhering-Jahrbücher), 4. Band, 1861, 1 ff.
- Joerges, Ch.* Die klassische Konzeption des Internationalen Privatrechts und das Recht des unlauteren Wettbewerbs, *RabelsZ* 36 (1972), 421 ff. (Klassisches IPR und UWG)
- Jürgens, I.* Verfassungsmäßige Grenzen der Wirtschaftswerbung, *Verwaltungsarchiv* 1962, 105 ff.
- Kapfer, H.* Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl., Wien 1972
- Kartte, W.* Selektive Absatzpolitik und Diskriminierungsverbot, Wettbewerbskongreß in München, (Bericht), S. 91 ff., München 1977
- Kaser, M.* Römisches Privatrecht, München 1960
- Katona, G.* Das Verhalten der Verbraucher und Unternehmen, Tübingen 1960
- Keidel/Winkler* Die Macht des Verbrauchers, Düsseldorf 1962
- Kessler, F.* Freiwillige Gerichtsbarkeit, 10. Aufl., München 1972
- Der Schutz des Vertrauens bei Vertragsverhandlungen in der neueren amerikanischen Rechtsprechung, in *Festschrift für v. Caemmerer* 1978, 873 ff.
- Kessler/Fine* Culpa in contrahendo, Bargaining in Good Faith and Freedom of Contract: A Comparative Study, 77 *Harv. L. Rev.* 401 ff.
- Keuk, B.* Vermögensschaden und Interesse, Bonn 1972
- Kinze* Verschulden bei den Vertragsverhandlungen, Diss. Frankfurt/Main 1937
- Kirchner, Ch.* „Ökonomische Analyse Rechts“ und Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, *ZHR* 144 (1980) 563–588
- Kisseler, M.* Unlautere Werbung durch redaktionelle Werbung, in *Fischer/Baerns* (Hrsg.), Wettbewerbswidrige Praktiken auf dem Pressemarkt, Baden-Baden 1979, S. 89 ff.
- Klatt, S.* Zur Theorie der Industrialisierung, Köln 1959
- Klingsporn, B.* Zur Formbedürftigkeit einseitiger Grundstückserwerbspflichtungen, *DB* 1971, 369 ff.
- Knöpfle, R.* Zur Problematik der Beurteilung einer Norm als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2, *NJW* 1967, 697 ff.
- Zur Problematik des subjektiven Fehlerbegriffes im Kaufrecht, *JZ* 1978, 121 ff.
- Subjektiver Fehlerbegriff und Gleichbehandlung von Schlechtlieferung und Falschliefierung beim Gattungskauf, *JZ* 1979, 11 ff.
- Koch, H.* Besprechung von R. A. Posner, *Economic Analysis of Law*, *RabelsZ* 40 (1976), 181 ff.
- Köhler, H.* Unmöglichkeit und Geschäftsgrundlage bei Zweckstörungen im Schuldverhältnis, München 1971 (Köhler)
- Vertragsrecht und „Property Rights“-Theorie, *ZHR* 144 (1980) 589–609

- Köndgen, J.* Ökonomische Aspekte des Schadensproblems. Bemerkungen zur Kommerzialisierungsmethode des Bundesgerichtshofs, AcP 177 (1977), 1 ff.
- König, D.* Voraussehbarkeit des Schadens als Grenze vertraglicher Haftung – zu Art. 82, 86, 87 EKG, in Leser/v. Marschall (Hrsg.), Das Haager Einheitliche Kaufgesetz und das deutsche Schuldrecht, Karlsruhe 1973, S. 75 ff.
- König, R.* Konsumgewohnheiten und Konsumenten in der heutigen Gesellschaft – Erkenntnisse der Soziologie, Universitas 1975, H. 9, 911 ff.
- Körner, E.* Verstöße gegen die Vorschriften des UWG und WZG und ihre Auswirkung auf Drittverträge, GRUR 1968, 348 ff.
- Kötz, H.* Zivil- und Wirtschaftsrecht, in Sozialwissenschaften im Studium des Rechts, Bd. 1, Schriftenreihe JuS Didaktik, hrsg. von Horn und Tietz, München 1977, S. 234 ff.
- Koller, I.* Die Risikozurechnung bei Vertragsstörungen in Austauschverträgen, München 1979 (Koller)
- Kommission für wirtschaftlichen und sozialen Wandel* Wirtschaftlicher und sozialer Wandel in der Bundesrepublik Deutschland Gutachten der Kommission, Bonn 1976
- Konzen, H.* Der Arbeitskampf im Verfassungs- und Privatrechtssystem, AcP 177 (1977), 473 ff.
- Kotler, P.* Marketing Management, 2. Aufl., Stuttgart 1974 (Kotler)
- Koziol/Welser* Grundriß des Bürgerlichen Rechts, 4. Aufl., Wien 1976
- Kraft, A.* Die Berücksichtigung wirtschaftspolitischer und gesellschaftspolitischer Belange im Rahmen des § 1 UWG, in Festschrift für Bartholomeyczik, Berlin 1973, S. 223 ff.
- Kramer, E. A.* Die Krise des liberalen Vertragsdenkens, München 1974.
- Krausse* Konsumentenschutz als neue Dimension des Privat- und Wettbewerbsrechts, ZSR 1979, 49 ff.
- Kress, H.* Haftung für c. i. c., Diss. Dresden 1937
- Kreuzer, K.* Lehrbuch des allgemeinen Schuldrechts, München 1929
- Krieger, A.* Sachmängelhaftung und Vertragswidrigkeit im deutschen Recht und im Einheitlichen Kaufgesetz, in Leser/v. Marschall (Hrsg.), Das Haager Einheitliche Kaufgesetz und das deutsche Schuldrecht, Kolloquium zum 65. Geburtstag von E. v. Caemmerer, Karlsruhe 1973, S. 35 ff.
- Kroeber-Riel, W.* Culpa in Contrahendo und Verkehrspflichten. Ein rechtsvergleichender Beitrag zur Begrenzung der Haftung nach Vertragsrecht, Habilitation, Freiburg 1977 (Kreuzer)
- Möglichkeiten einer Verstärkung des Schutzes gegen unlauteren Wettbewerb, WRP 1978, 1 ff.
- Zum Schadensersatzanspruch des Verbrauchers bei irreführender Werbung, BB 1978, 625 ff.
- Über die Schönfärberei in der Werbelehre – faktische und normative Aspekte der menschlichen Verhaltenssteuerung, WiSt 1972, 127 ff.

- Konsumentenverhalten und Marketing, München 1975.
 Schattenboxen der Funktionäre, in Wirtschaftswoche vom 12. 12. 1975, Nr. 51, 50 ff.
- Krüger-Nieland, G.* Persönlichkeitsschutz im Wettbewerbsrecht, GRUR 1974, 561 ff.
- Kübler, F.* Über die praktischen Aufgaben zeitgemäßer Privatrechtstheorie, Karlsruhe 1975
- Küng, E.* Verbraucherschutz in der Marktwirtschaft, WiSt 1976, 556 ff.
- Lackner, K.* Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, Kommentar, 11. Aufl., München 1977
- Lackum* Verschmelzung und Neuordnung von c.i.c. und „positive Vertragsverletzung“, Diss. Bonn 1970
- Lammel, S.* Zur Auskunftshaftung, AcP 179 (1979), 337 ff.
- Lampe, E.-J.* Strafrechtliche Aspekte der „Unterschriftenerschleichung“ durch Provisionsvertreter, NJW 1978, 679 ff.
- Lange, H.* Schadensersatz, Handbuch des Schuldrechts in Einzeldarstellungen, Tübingen 1979 (Lange)
- Lange/Köhler* BGB, Allgemeiner Teil, 16. Aufl., München 1977 (Lange/Köhler)
- Lange/Treis* Konsumentensouveränität und Konsumfreiheit, MA 1972, 333 ff.
- Lafrenz, J.* Die Folgen des Rabattverstoßes, GRUR 1979, 89 ff.
- Larenz, K.* Culpa in contrahendo, Verkehrssicherungspflicht und „sozialer Kontakt“, MDR 1954, 515 ff.
 Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, 3. Aufl., München 1963 (Geschäftsgrundlage)
 Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Berlin 1975 (Methodenlehre)
 Bemerkungen zur Haftung für „culpa in contrahendo“ in Festschrift für Kurt Ballerstedt, Berlin 1975, S. 397 ff.
 Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts. Ein Lehrbuch, 4. Aufl., München 1977 (Larenz, AT)
 Lehrbuch des Schuldrechts, Besonderer Teil Band II, 11. Aufl., München 1977 (Larenz, Schuldrecht BT)
 Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner Teil Band I, 12. Aufl., München 1979 (Larenz, Schuldrecht AT)
 „Funktion“ als Rechtsbegriff?, NJW 1979, 2273 ff.
- Lecheler, H.* Vertragswert und Vermögensschaden beim Betrug des Verkäufers, MDR 1961, 652 ff.
- Leckner, Th.* Gesellschaftliche Bedürfnislagen. Möglichkeiten und Grenzen ihrer wissenschaftlichen Bestimmung, Göttingen 1975
- Lederer/Mackensen* Die Unterlassungspflicht im Bürgerlichen Recht, München 1906
- Lehmann, H.* Das „faktische“ Vertragsverhältnis, Jherings Jahrbücher, Bd. 90 (1943), 131 ff.
 Faktische Vertragsverhältnisse, NJW 1958, 1 ff.

Lehmann, M.

Wirtschaftspolitische Kriterien in § 1 UWG, in *Mitarbeiterfestschrift für E. Ulmer*, Köln 1973, 321 ff.

Die Werbung mit Geschenken, München 1974, (Werbung) Ist der unbestellte Vertreterbesuch gemäß § 1 UWG sittenwidrig?, GRUR 1974, 133 ff.

Sales Promotion und unlauterer Wettbewerb. Verbraucherschutz und Sales Promotion, GRUR 1974, 689 ff.

Die „neue Sachlichkeit“ des BGH im Wettbewerbsrecht, GRUR 1975, 239 ff.

Wettbewerbsrecht, Strukturpolitik und Mittelstandsschutz, GRUR 1977, 580 ff.; 633 ff.

Verkauf unter Einstandspreis und Lockvogelwerbung. Eine rechtsvergleichende Untersuchung, GRUR Int. 1977, 135 ff.

Kostenlose Anzeigenblätter und unlauterer Wettbewerb, GRUR 1977, 21 ff.

Die kartell- und wettbewerbsrechtliche Kontrolle der Nachfragemacht in Deutschland und in den Vereinigten Staaten, in *Festschrift für M. Nüchterlein*, Nürnberg 1978, 191 ff.

Einige Bemerkungen zu Nachfragemachtgutachten der Monopolkommission, WRP 1978, 598 ff.

Schutz des Leistungswettbewerbs und Verkauf unter Einstandspreis, GRUR 1979, 368 ff.

Die Verteilung von kostenlosen Presseerzeugnissen – insbesondere von Anzeigenblättern – und unlauterer Wettbewerb, in *Fischer/Baerns* (Hrsg.), *Wettbewerbswidrige Praktiken auf dem Pressemarkt*, Baden-Baden 1979, 75 ff.

Lockvogelangebote und Verbraucherschutz in Deutschland, ZVP 1979, 55 ff.

Lehmann/Hübner

Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 15. Aufl., Berlin 1966 (Lehmann/Hübner)

Leibholz/Rink

Grundgesetz, Kommentar anhand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 4. Aufl., Köln 1971

Leipold, H.

Wirtschafts- und Gesellschaftssysteme im Vergleich, Stuttgart 1976

Theorie der Property Rights: Forschungsziele und Anwendungsbereiche, WiSt 1978, 518 ff.

Leitherer, E.

Absatzlehre, 3. Aufl., Stuttgart 1974

Betriebliche Marktlehre, 1. Teil, Stuttgart 1974

Betriebliche Marktlehre, 2. Teil, Stuttgart 1978

Leitherer/Hansen

Produktgestaltung, Stuttgart 1972

Leonhard, F.

Verschulden beim Vertragsschluß, Berlin 1910

Lerche, P.

Werbung und Verfassung, München 1967 (Lerche)

Leser, H. G.

Die Vertragsaufhebung im Einheitlichen Kaufgesetz, in *Das Haager Einheitliche Kaufgesetz und das deutsche Schuldrecht*, Kolloquium zum 65. Geburtstag von E. v. Caemmerer, Karlsruhe 1973, S. 1 ff.

Leser/v. Marschall (Hrsg.)

Das Haager Einheitliche Kaufgesetz und das deutsche

- Schuldrecht, Kolloquium zum 65. Geburtstag von Ernst von Caemmerer, Karlsruhe 1973 (Leser/v. Marschall)
- Lieb, M.* Sonderprivatrecht für Ungleichgewichtslagen? Überlegungen zum Anwendungsbereich der sogenannten Inhaltskontrolle privatrechtlicher Verträge, AcP 178 (1978), 196 ff.
- Liebs, D.* „Fahrlässige Täuschung“ und Formularvertrag, AcP 174 (1974), 26 ff.
- Liebs, W.* Reuerecht des Käufers „an der Haustür“? Die Möglichkeiten des geltenden Rechts, die grundsätzliche Problematik eines besonderen Reuerechts und seine Ausgestaltung im einzelnen, Göttingen 1970
- Lindacher, W. F.* Grundsätzliches zu § 138 BGB, AcP 173 (1973), 124 ff.
- Littbarski, S.* Grundfragen des Wettbewerbsrechts, BB 1975, 1311 ff.
- Verhältnis der Gewährleistungsansprüche zu den Ansprüchen aus culpa in contrahendo. Geklärt aufgrund gefestigter Rechtsprechung des BGH?, BB 1977, 1322 ff.
- Das Verhältnis der Ansprüche aus culpa in contrahendo zu den Ansprüchen aus den §§ 633 ff. BGB, JZ 1978, 3 ff.
- Loebell* Rücktrittsrecht des beim Hausbesuch überredeten Abzahlungskäufers, MDR 1969, 726 ff.
- Löwe, W.* Verbesselter Käuferschutz beim Grundstückserwerb, NJW 1971, 729 ff.
- Mehr Schutz für den Grundstückskäufer, ZRP 1971, 73 ff.
- Entwicklungstendenzen im Maklerrecht, ZRP 1971, 221 ff.
- Gesetzliche Befristung der Bestellung des Verwalters einer Wohnungseigentümergeinschaft. Bayerische Initiative zur Änderung des Wohnungseigentumsgesetzes, ZRP 1972, 133 ff.
- Das neue Recht der Gerichtsstandsvereinbarung, NJW 1974, 473 ff.
- Neuerungen im Abzahlungsrecht. Zweites Gesetz zur Änderung des Abzahlungsgesetzes, NJW 1974, 2257 ff.
- Voraussetzungen für ein Aushandeln von AGB, NJW 1977, 1328 ff.
- Löwe/v. Westphalen/Trinkner* Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Heidelberg 1977 (Löwe/v. Westphalen/Trinkner)
- Loewenheim U.* Suggestivwerbung, unlauterer Wettbewerb, Wettbewerbsfreiheit und Verbraucherschutz, GRUR 1975, 99 ff.
- Aufklärungspflichten in der Werbung, GRUR 1980, 14 ff.
- Löwisch/Denk* Vertragliche Schuldverhältnisse, München 1977, (Löwisch/Denk)
- Lorenz, W.* Das Problem der Aufrechterhaltung formnichtiger Schuldverträge, AcP 156 (1957), 381 ff.
- Die Einbeziehung Dritter in vertragliche Schuldverhältnisse – Grenzen zwischen vertraglicher und deliktischer Haftung, JZ 1960, 108 ff.

- Rechtsvergleichendes zur Haftung des Warenherstellers und Lieferanten gegenüber Dritten, in Festschrift für Nottarp, Karlsruhe 1961, S. 59 ff.
- Vorzugsrechte beim Vertragsabschluß, in Festschrift für Hans Dölle, Band I, Tübingen 1963, S. 103 ff.
- Warenabsatz und Vertrauensschutz, Karlsruher Forum, Karlsruhe 1963
- Einige rechtsvergleichende Bemerkungen zum gegenwärtigen Stand der Produkthaftungspflicht im deutschen Recht. Zur Entscheidung des Bundesgerichtshofs im „Hühnerpest“-Fall, RabelsZ 34 (1970), 14 ff.
- Beweisprobleme bei der Produzentenhaftung, AcP 170 (1970), 367 ff.
- Das Problem der Haftung für primäre Vermögensschäden bei der Erteilung einer unrichtigen Auskunft, in Festschrift für Larenz, München 1973, S. 575 ff.
- Luckenbach, H.* Zur konsum- und wohlfahrtstheoretischen Relevanz der Konsumentensouveränität, WiSt 1973, 399 ff.
- Lukes, R.* Produzentenhaftung und Maschinenschutzgesetz, JuS 1968, 345 ff.
- Markert, K.* Die Schadenshaftung des Warenherstellers gegenüber dem Verbraucher, BB 1964, 231 ff.
- Marschall von Bieberstein, W.* Tendenzen zur Erfüllungshaftung bei Sachmängeln (§ 480 Abs. 2 BGB) in Das Haager Einheitliche Kaufgesetz und das deutsche Schuldrecht, Karlsruhe 1973, S. 21 ff.
- Marx, K.* Das Kapital, 1867 (Ausgabe Ullstein), Band I–III, Frankfurt/M. 1971
- Maunz, Th.* Deutsches Staatsrecht, 18. Aufl., München 1971 (Maunz)
- Maunz/Dürig/Herzog/Scholz* Grundgesetz, Kommentar, München, 17. Lieferung (Maunz/Dürig)
- Mayer-Maly, Th.* Das Bewußtsein der Sittenwidrigkeit, Karlsruhe 1971 (Mayer-Maly)
- Medicus, D.* Grenzen der Haftung für culpa in contrahendo, JuS 1965, 209 ff.
- Bürgerliches Recht, 7. Aufl., Köln 1975 (Medicus)
- Normativer Schaden, JuS 1979, 233 ff.
- Mellerowicz, K.* Markenartikel, die ökonomischen Gesetze ihrer Preisbildung und Preisbindung, 2. Aufl., München 1973
- Menge, W.* Der verkaufte Käufer, Wien 1971
- Menger, A.* Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, Darmstadt 1968, Nachdruck der ersten Auflage aus dem Jahr 1890
- Merkel, R.* Zum Schutz des Leistungswettbewerbs durch die Gerichte, BB 1977, 705 ff.
- Mertens, H.-J.* Der Begriff des Vermögensschadens im Bürgerlichen Recht, Stuttgart 1967 (Mertens)

- Kollektivrechtlicher Schadensersatz als Mittel des Verbraucherschutzes, ZHR 139 (1975), 438 ff.
- Zur Bankenhaftung wegen Gläubigerbenachteiligung, ZHR 143 (1979), 174 ff.
- Mertens/Kirchner/Schanze* Wirtschaftsrecht. Eine Problemorientierung, Reinbeck 1978 (Mertens/Kirchner/Schanze)
- Mertens/Rehbinder* Internationales Kaufrecht, Kommentar zu den Einheitlichen Kaufgesetzen, Frankfurt/M. 1975 (Mertens/Rehbinder)
- Mestmäcker, E. J.* Über die normative Kraft privatrechtlicher Verträge, JZ 1964, 441 ff.
- Wettbewerbsrecht und Privatrecht, AcP 168 (1968), 235 ff.
- Recht, Macht, Wirtschaftsordnung, ZHR 137 (1973), 97 ff.
- Die sichtbare Hand des Rechts. Über das Verhältnis von Rechtsordnung und Wirtschaftssystem bei Adam Smith, in Freiheit und Sachzwang, Beiträge zu Ehren von Helmut Schelskys, hrsg. von H. Baier, Opladen 1978
- Vortrag anlässlich des Wechsels der Leitung des Max-Planck-Instituts Hamburg: „Im Wirtschaftsrecht liegen ungelöste Fragen des Privatrechts“, MPG-Spiegel 2/1979
- Meydam, I.* Sozialrechtliche Tatbestände und Wettbewerbsrecht, GRUR 1970, 399 ff
- Meyer-Dohm, P.* Sozialökonomische Aspekte der Konsumfreiheit. Untersuchungen zur Stellung des Konsumenten in der marktwirtschaftlichen Ordnung, Freiburg 1965
- Micheli, H.-D.* Zur Regelung der Abnehmerrechte in der UWG-Novelle, GRUR 1979, 8 ff.
- Mielke* Die Voraussetzungen der Haftung des rechtsgeschäftlich bestellten Stellvertreters für c.i.c., Diss. Köln-Düsseldorf 1963
- Mitteis/Lieberich* Deutsche Rechtsgeschichte, 13. Aufl., München 1974 (Mitteis/Lieberich)
- Mittelstein, R.* Rücktrittsrecht des beim Hausbesuch überredeten Abzahlungskäufers, MDR 1970, 17 ff.
- Möller, C.* Gesellschaftliche Funktionen der Konsumwerbung, Stuttgart 1970 (Möller)
- Möschel, W.* Wettbewerb im Schnittpunkt von Rechtswissenschaft und Nationalökonomie, WiSt 1978, 351 ff.
- Mohnen, H.* Der Inhalt des Sozialbegriffs im neuen Mietrecht in Festschrift für Nipperdey zum 70. Geburtstag, Bd. 1, München 1965, S. 605 ff., 623 ff.
- Mommsen, F.* Zur Lehre von dem Interesse, Beiträge zum Obligationenrecht, Braunschweig 1855
- Motive* Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich Amtliche Ausgabe, Band I-III, 2. Aufl., Berlin 1896 (Motive, I)
- MPI-Hamburg* Die materielle Gültigkeit von Kaufverträgen. Ein rechtsvergleichender Bericht erstattet im Auftrag der UNIDROIT, Band I und II, Berlin 1978

- Müller-Armack, A.* Wirtschaftsordnung und Wirtschaftspolitik. Studien und Konzepte zur sozialen Marktwirtschaft und zur europäischen Integration, Freiburg 1966
- Müller, K.* Zur Haftung des Warenherstellers gegenüber dem Endverbraucher, AcP 165 (1965), 285 ff.
- Müller, U.* Die Haftung des Stellvertreters bei culpa in contrahendo und positive Forderungsverletzung, NJW 1969, 2169 ff.
- Münchener Kommentar* Bürgerliches Gesetzbuch, München 1978 (MünchKom/Verfasser)
- Musielak, H.-J.* Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten, Berlin 1974.
Bürgerliches Recht: Der unechte Rubens, JuS 1975, 796 ff.
- v. Nell-Breuning, U.* Freiheit, die sie meinen ... in Revolte der Verbraucher, Fischer-Taschenbuch, Frankfurt 1968, S. 144 ff.
- Nickel, V.* Werbung-Fakten für Verbraucher, edition ZAW, Bonn, ohne Jahresangabe
- Nicosia, F. M.* Consumer Decision Processes, Englewood Cliffs, 1968
- Niens, H.-J.* Die Vertriebsbindung als absatzpolitisches Instrument der Markenartikel-Industrie, Freiburg 1968
- Nieschlag, R.* Vermag die moderne Werbung den Menschen zu „manipulieren“?, Sonderdruck München 1963
Binnenhandel und Binnenhandelspolitik, 2. Aufl., Berlin 1972
- Nieschlag/Dichtl/Hörschgen* Marketing, 9. Aufl., Berlin 1976 (Nieschlag/Dichtl/Hörschgen)
- Nikisch, A.* Arbeitsrecht, 3. Aufl., Tübingen 1961
- Nipperdey, H. C.* Wettbewerb und Existenzvernichtung (Eine Grundfrage des Wettbewerbs), Berlin 1930
- Nirk, R.* Die Lehre von der c. i. c. in rechtsvergleichender Darstellung als kritischer Beitrag zur Lehre vom „sozialen Kontakt“, Diss. Tübingen 1951
Rechtsvergleichendes zur Haftung für culpa in contrahendo, RabelsZ 18 (1953), 310 ff.
Culpa in contrahendo – eine richterliche Rechtsfortbildung – in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in Festschrift für Ph. Möhring zum 65. Geburtstag, München 1965, S. 385 ff.
Culpa in contrahendo – Eine geglückte richterliche Rechtsfortbildung – quo vadis?, in Festschrift für Ph. Möhring zum 75. Geburtstag, München 1975, S. 71 ff.
Vertrauenshaftung Dritter bei Vertragsdurchführung? Bemerkungen zu BGHZ 70, 337, in Festschrift für Hauß, Karlsruhe 1978, S. 267 ff.
- Nußbaum, A.* Ziele der Rechtstatsachenforschung (1920), in Die Rechtstatsachenforschung, Ihre Bedeutung für Wissenschaft und Unterricht (1914). Programmschriften und praktische Beispiele, hrsg. von M. Rehbinder, Berlin 1968

- Ochs, G. Wertreklame und Folgeverträge, WRP 1977, 373 ff.
- Oertmann, P. Die Geschäftsgrundlage, Leipzig 1921
- Ostler/Wiedner Abzahlungsgesetz, 6. Aufl., Berlin 1970
- Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 37. Aufl., München 1978 (Palandt/Verfasser)
- Pastor, W. L. bzw. 38. Aufl., München 1979 (Palandt/Verfasser, 38. Aufl.)
- Die Notwendigkeit einer Verwarnung im Wettbewerbsrecht, GRUR 1968, 177 ff.
- Der Wettbewerbsprozeß, 2. Aufl., Köln 1973
- Pawlowski, H.-M. Allgemeiner Teil des BGB, Band 1 und 2 (UTB), Tübingen 1972
- Pecher, P. Eigenschaftserwartungen und Erwerbszwecke des Käufers. Über die Möglichkeit einer Typenbildung im Kaufrecht, Habilitation, München 1977, Manuskript, (Pecher)
- Pergande, H.-G. Das neue soziale Mietrecht, NJW 1967, 129 ff.
- Peters, F. Mangelschäden und Mangelfolgeschäden, NJW 1978, 665 ff.
- Petev, V. Zur Neuregelung des Reiseveranstaltervertrags, JZ 1976, 632 ff.
- Pietzcker, R. Richtlinien für die Bemessung von Schadensersatz bei der Verletzung von Patenten, GRUR Int. 1979, 343 ff.
- Pilpel Das Wesen der c.i.c. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum deutschen, englischen und israelischen Recht, Diss. Bielefeld 1967
- Planck Plancks Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, I. Band, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Berlin 1913
- II. Band, Recht der Schuldverhältnisse, 3. Aufl., Berlin 1907 (Planck/Verfasser)
- Pollock, F. Stadien des Kapitalismus München 1975
- Posner, R. A. Economic Analysis of Law, 1. Aufl., Boston 1972 (Posner)
2. Aufl., Boston 1977 (Posner, 2. Aufl.)
- Prölss, J. Beweiserleichterungen im Schadensersatzprozeß, Karlsruhe 1966
- Protokolle Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches, bearbeitet von Achilles, Gebhard, Spahn, Band 1-3, Berlin 1897/1899 (Protokolle, 1)
- Raape, L. Die Beweislast bei positiver Vertragsverletzung. Zugleich ein Beitrag zur Überlassung von Sachen von gefährdender Beschaffenheit, AcP 147 (1941), 217 ff.
- Rabel, E. Das Recht des Warenkaufs. Eine rechtsvergleichende Darstellung, Band I und II, Berlin 1957 und 1958 (Rabel, I)
- Raffée/Goslar/Hiss/ Irreführende Werbung. Begriff und Meßprobleme, Wiesbaden 1976
- Kandler/Welzel Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen, Hamburg 1935
- Raiser, L. Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, in 100 Jahre Deut-

- sches Rechtsleben, Festschrift des Deutschen Juristentags, Karlsruhe 1960, S. 101 ff.
 Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im deutschen Zivilrecht, JZ 1961, 465 ff.
 Die Zukunft des Privatrechts, Berlin 1971
 Marktbezogene Unlauterkeit, GRUR Int. 1973, 443 ff.
 Die Aufgabe des Privatrechts. Aufsätze zum Privat- und Wirtschaftsrecht aus drei Jahrzehnten, Kronberg 1977
 Das Verhältnis der Wirtschaftswissenschaft zur Rechtswissenschaft, Soziologie und Statistik, Tübingen 1964
 Schadenshaftung bei verstecktem Dissens, AcP 127 (1929), 1 ff.
 Einwendungen des Käufers aus dem Kaufvertrag gegenüber dem Finanzierungsinstitut beim finanzierten Abzahlungskauf, RabelsZ 33 (1969), 457 ff.
 Privatrecht und Wirtschaftsordnung, Bielefeld 1978 (Rebe)
 Vertragliche Schadensersatzansprüche bei der Lieferung einer mangelhaften Sache, JA 1978, 544 ff.
 Zur Haftung des Warenherstellers gegenüber dem Verbraucher ohne Verschulden, BB 1965, 439 ff.
 Politische und rechtliche Probleme des Verursacherprinzips, Berlin 1973
 Umweltrecht, RabelsZ 40 (1976), 363 ff.
 Rechtssoziologie, Berlin 1977
 Abzahlungsrecht und Verbraucherschutz, JZ 1975, 550 ff.
 Die gerichtlichen und außergerichtlichen Möglichkeiten des Verbrauchers im Recht der Bundesrepublik Deutschland in Kolloquium, Montpellier 1975, S. 223 ff.
 Markt und Recht, Neuwied 1977
 Werbung und Verbraucherschutz, Wirtschaft und Verwaltung 1977, Heft 4
 Abzahlungsgeschäfte und Wettbewerbsrecht zu BGH – NJW 1977, 741, JuS 1978, 451 ff.
 UWG-Reform und Verbraucherschutz, ZRP 1978, 100 ff.
 Schuldrechtliche Informationspflichten gegenüber Endverbrauchern, NJW 1978, 513 ff.
 Werbung, zugesicherte Eigenschaften und Verbraucherschutz, JuS 1975, 576 ff.
 Verbraucher und Recht, Göttingen 1976 (Reich/Tonner/Wegener)
 Alternatives Wirtschaftsrecht am Beispiel der Verbraucherverschuldung, Neuwied 1979 (Alternatives Wirtschaftsrecht)
 Schweizerisches Obligationenrecht, Zürich 1919
 Die sogenannte wirtschaftliche Betrachtungsweise in der Rechtsprechung des BGH, Heidelberg 1975 (Rittner)
 Fehler in Druckwerken, JZ 1979, 369 ff.
 Zur Manipulation von Bedürfnissen, MA 1977, 328 ff.
- Raiser/Sauermann/Schneider (Hrsg.)*
Raiser, R.
Raiser, T.
Rebe, B.
Rebe/Rebell
Rehbinder, E.
Reich, N.
Reich/Tonner
Reich/Tonner/Wegener
Reifner, U.
Rennefahrt, F.
Rittner, F.
Röhl, K.
Röper, B.

- Roggenkamp, V.* Bei Walzer und Foxtrott klingeln die Kassen. Teure Kaffee-fahrten für Rentner, in *Die Zeit* vom 15. 9. 1978, S. 61
- Roquette, H.* Kündigung von Mietverhältnissen wegen Zahlungsverzugs. Neue Mietprobleme in Schwarz und Weiß, *NJW* 1964, 377 ff.
- Roscher, F.* Vertragsfreiheit als Verfassungsproblem. Dargestellt am Bei-spiel der allgemeinen Geschäftsbedingungen, Berlin 1974
- Rosenberg/Schwab* Zivilprozeßrecht, 11. Aufl., München 1974
- v. Rosenstiel, L.* Psychologie der Werbung, Rosenheim 1973
- Rost, D.* Was die Werbung von Bonn zu erwarten hat, *MA* 1976, 410 ff.
- Rother, W.* Sittenwidrige Rechtsgeschäfte und sexuelle Liberalisierung, *AcP* 172 (1972), 498 ff.
- Rothoef, D.* System der Irrtumslehre als Methodenfrage der Rechtsver-gleichung, Tübingen 1968 (Rothoef)
- Rübberdt, R.* Geschichte der Industrialisierung. Wirtschaft und Gesell-schaft auf dem Weg in unsere Zeit, München 1972
- Rühle, K.* Das Wucherverbot – effektiver Schutz des Verbrauchers vor überhöhten Preisen, Berlin 1978 (Rühle)
- Sack, R.* Sittenwidrigkeit, Sozialwidrigkeit und Interessenabwägung, *GRUR* 1970, 493 ff.
- Unlauterer Wettbewerb und Folgeverträge (= *WRP* 1974, 445 ff.), Frankfurt a. M. 1974 (Folgeverträge)
- § 1 UWG und Wirtschaftspolitik, *WRP* 1974, 247 ff.
- Produzentenhaftung nach § 823 Abs. 2 in Verbindung mit § 3 UWG, *BB* 1974, 1369 ff.
- Deliktsrechtlicher Verbraucherschutz gegen unlauteren Wettbewerb, *NJW* 1975, 1303 ff.
- Individualschutz des Konsumenten vor den Folgen unlauteren Wettbewerbs nach deutschem und österreichischem De-liktsrecht, *ÖJZ* 1976, 309 ff.
- Schadensersatzansprüche wettbewerbsgeschädigter Ver-braucher nach deutschem und österreichischem Wettbe-werbs- und Deliktsrecht, in *Konsumentenschutz in Privat- und Wirtschaftsrecht*, Wien 1977, S. 99 ff.
- Samuelson, P. A.* Volkswirtschaftslehre, Bd. 1, 5. Aufl., Köln 1972
- Schachtschnabel, H. G.* Geschichte der volkswirtschaftlichen Lehrmeinungen, Düs-seldorf 1971
- Schade, J.* Geschäfte an der Haustür durch unbestellte Vertreter, Mün-chen 1978
- Schäfer, E.* Grundlagen der Marktforschung, Köln 1966
- Schaub, G.* Arbeitsrechtshandbuch, 3. Aufl., München 1977
- Schaumburg, H.* Sachmängelgewährleistung und vorvertragliches Verschul-den – § 463 BGB und culpa in contrahendo, Köln 1974 (Schaumburg)
- Schenk/Wölk* Vertriebssysteme zwischen Industrie und Handel, Berlin 1971

- Scherhorn, G.* Information und Kauf. Empirische Analyse der Markttransparenz, Köln 1964
Konsum, in Handbuch der empirischen Sozialforschung, Freizeit – Konsum, Bd. 11, Stuttgart 1977, S. 193 ff.
Zum Einfluß beschränkter Markttransparenz auf die Kaufentscheidung der Privathaushalte, Universität Hamburg, Bericht 1977
Vergleichende Warentests. Aufgaben, Ergebnisse und Möglichkeiten, in FORUM WARE-Wissenschaft und Praxis, 1977, Heft 5
- Schlechtriem, P. H.* Vertragsordnung und außervertragliche Haftung, Frankfurt 1972
Einheitliches Kaufrecht – wissenschaftliches Modell oder praxisnahe Regelung?, Karlsruhe 1978
- Schleeb* Vorvertragliches Fehlverhalten und der Schutz Dritter, Diss. Tübingen 1965
- Schlegelberger/Hefermehl* HGB, Kommentar, 5. Aufl., München 1976
- Schlosser, P.* Polit-show, Sexismus und die überwundene Starrheit der Prozeßrechte, Jura 1979, 20 ff.
- Schluep, W.* Wirtschaftsrechtliche Aspekte der Werbung durch Appell an das Unbewußte, ZSR (Neue Folge), Bd. 91, 1972, 353 ff.
Vom lautereren zum freien Wettbewerb, GRUR Int. 1973, 446 ff.
- Schmalen, H.* Werbung im Meinungsstreit, WiSt 1975, 496 ff.
- Schmidbauer, W.* Homo consumens – Der Kult des Überflusses, Stuttgart 1972
- Schmidt, H.* Die Lehre von der Sittenwidrigkeit der Rechtsgeschäfte in historischer Sicht, Berlin 1973
- Schmidt, J.* Privatrecht und Gesellschaftsordnung, Rechtstheorie 1975, 33 ff.
- Schmidt-Rimpler, W.* Eigenschaftsirrtum und Erklärungsirrtum, in Festschrift für H. Lehmann, Berlin 1956, S. 213 ff.
Wirtschaftsrecht, in HDSW, XII. Band 1965, S. 686 ff.
- Schmidt-Salzer, J.* Gewährleistungsausschluß und Irrtumsanfechtung, JZ 1967, 661 ff.
Allgemeine Geschäftsbedingungen, 1. Aufl. (NJW-Schriftenreihe, H. 11), München 1971
- Schmidt-Syassen* Wechselwirkung von Wirtschaftsrecht und Bürgerlichem Recht, Diss. Bonn 1973
- Schmidt-von Rhein* Wohnraummiete, in Handbuch des Verbraucherrechts, Gruppe 110, S. 3 ff.
- Schmitz, E.* Dritthaftung aus culpa in contrahendo, Berlin 1980 (Schmitz)
- Schmude, I.* Verbraucherschutz und Vertragsfreiheit, in Festschrift für Kurt Ballerstedt, Berlin 1975, S. 481 ff.
- Schneider, H.* Sonderrecht für Publikumsgesellschaften, ZHR 142 (1978), 228 ff.

- Schneider, T.* Der Begriff des Verbrauchers im Recht, BB 1974, 764 ff.
- Schönfeld, F.* Interessenverletzung und Betrugsschaden, JZ 1964, 206 ff.
- Schönke/Schröder* Strafgesetzbuch, Kommentar, 18. Aufl., München 1976 (Schönke/Schröder)
- Schollmeyer, G.* Erfüllungspflicht und Gewährleistung für Fehler beim Kauf, in Jherings Jahrbuch 49 (1904), S. 93 ff.
- Schramm, Th.* Staatsrecht, Bd. 1, Köln 1971
- Schricker, G.* Gesetzesverletzung und Sittenverstoß, München 1970 (Gesetzesverletzung)
- Unlauterer Wettbewerb und Verbraucherschutz, GRUR Int. 1970, 32 ff.
- Wettbewerbsrecht und Verbraucherschutz. Eine Darstellung des geltenden deutschen Rechts mit vergleichenden Anmerkungen, RabelsZ 36 (1972), 315 ff.
- Entwicklungstendenzen im Recht des unlauteren Wettbewerbs, GRUR 1974, 579 ff.
- Schadensersatzansprüche der Abnehmer wegen täuschender Werbung. Betrachtungen im Anschluß an die Prüfzeichen-Entscheidung des BGH v. 14. 5. 1974, GRUR 1975, 111 ff.
- Soll der einzelne Verbraucher ein Recht zur Klage wegen unlauteren Wettbewerbs erhalten?, ZRP 1975, 189 ff.
- Möglichkeiten zur Verbesserung des Schutzes der Verbraucher und des funktionsfähigen Wettbewerbs im Recht des unlauteren Wettbewerbs, ZHR 139 (1975), 208 ff.
- Verbraucherschutzrecht – ein neues Rechtsgebiet?, GRUR Int. 1976, 315 ff.
- Schadensersatzansprüche für Verbraucher und Verbraucherverbände bei irreführender Werbung in Material über Zukunftsaspekte der Rechtspolitik, Bonn 1976, 45 ff.
- Wettbewerbsrechtliche Aspekte des Verbraucherschutzes, RabelsZ 40 (1976), 535 ff.
- Bemerkungen zum Rechtsschutz selektiver Vertriebsbindungen, GRUR 1976, 528 ff.
- Werbung, Wettbewerb und Verbraucherschutz – Neue Wege zur Bekämpfung unlauterer Geschäftspraktiken, Vortrag auf der Hauptversammlung der MPG 1979, Universitas, 1979, 1043 ff.
- Zur Reform des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb. Schadensersatzansprüche der Abnehmer und Rücktritt von Vertrag bei irreführender und unlauterer Werbung, GRUR 1979, 1 ff.
- Schricker/Lehmann* Werbung/Unlauterer Wettbewerb, in Handbuch des Verbraucherrechts, Gruppe 180, Neuwied 1976 (Werbung/Unlauterer Wettbewerb)
- Der Selbstbedienungsgroßhandel, München 1976
- Wettbewerbsrechtliche Probleme der Sortimentserweiterung und Diversifikation im Fachhandel, WRP 1977, 289 ff.

- Schubert, W.* Unredliches Verhalten Dritter bei Vertragsabschluß, AcP 168 (1968), 470 ff.
- Schulz, R.* Kaufentscheidungsprozesse des Konsumenten, Wiesbaden 1972
- Schumacher, R.* Vertragsaufhebung wegen fahrlässiger Irreführung unerfahrener Vertragspartner, Bonn 1979 (Schumacher)
- Schwark, E.* § 313 BGB und der Schutz des Käufers, ZRP 1970, 37 ff.
Kaufvertragliche Mängelhaftung und deliktsrechtliche Ansprüche, AcP 179 (1979), 57 ff.
Die Haftung aus dem Prospekt über Kapitalanlagen, BB 1979, 897 ff.
Anlegerschutz durch Wirtschaftsrecht, München 1979
- Schwerdtner, P.* Das Persönlichkeitsrecht in der deutschen Zivilrechtsordnung, Berlin 1977
Der zivilrechtliche Persönlichkeitsschutz, JuS 1978, 289 ff.
- Sconamiglio, R.* Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, in Novissimo digesto Italiano, Turin 1976
- Seidl, E.* Römisches Privatrecht, Köln 1963
- Seydel, H.* Verkaufshilfen, GRUR 1972, 580 ff.
- Simitis, K.* Verbraucherschutz Schlagwort oder Rechtsprinzip?, Baden-Baden 1976 (Simitis)
- Simitis, S.* Soll die Haftung des Produzenten gegenüber dem Verbraucher durch Gesetz, kann sie durch richterliche Fortbildung des Rechts geordnet werden? In welchem Sinne?, Gutachten für den 47. Deutschen Juristentag, Bd. I, München 1968
- Simon, H. A.* Administrative Behavior, Chicago 1947
- Söllner, A.* Arbeitsrecht, 5. Aufl., Stuttgart 1976
- Sölter, A.* Kooperative Absatzwirtschaft. Grundlagen, Erfordernisse und Möglichkeiten der Zusammenarbeit zwischen Industrie und Handel, Köln 1971
Unternehmenspolitische und kartellrechtliche Möglichkeiten und Grenzen der kooperativen Marktinformation in Schwerpunkte des Kartellrechts, 1975/6, FiW-Heft 73, S. 9 ff.
- Soergel* Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetzen und Nebengesetzen, 11. Aufl., Stuttgart 1978 (Soergel/Verfasser)
- Soergel/Siebert* Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 10. Aufl., Stuttgart 1967 (Soergel/Siebert)
- Sonnenberger, H. J.* Verkehrssitten im Schuldvertrag, München 1969
- Specht, G.* Marketing Management und Qualität des Lebens, Stuttgart 1974
- Stahl, K.* Wettbewerbspolitische Folgerungen für eine wirksame Kontrolle der Nachfragemacht, Wettbewerbskongreß München, Bericht 1977, S. 147 ff.
- Staub, H.* Die positiven Vertragsverletzungen Berlin 1904, Nachdruck Bad Homburg 1969

- Staudinger* Kommentar zum BGB, 11. Aufl., Berlin 1957 (Staudinger/Verfasser)
Kommentar zum BGB, 12. Aufl., Berlin 1978 (Staudinger/Verfasser)
- Stavenhagen, G.* Geschichte der Wirtschaftstheorie, Göttingen 1969
- Stein, A.* Die Verbraucheransprüche und ihre Geltendmachung durch Verbraucherverbände nach der UWG-Novelle, ZVP 1979, 29 ff.
- Steinberg* Die Haftung für c. i. c., Diss. Bonn 1930
- Steindorff, E.* Die guten Sitten als Freiheitsbeschränkung in summum ius summa iniuria, Tübingen 1963, S. 58 ff.
Repräsentanten- und Gehilfenversagen und Qualitätsregeln in der Industrie, AcP 170 (1970), 93 ff.
Politik des Gesetzes als Auslegungsmaßstab im Wirtschaftsrecht, in Festschrift für Karl Larenz, München 1973, 217 ff.
Wirtschaftsordnung und -steuerung durch Privatrecht, in Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen, Festschrift für L. Raiser, Tübingen 1974, S. 621 ff.
Einführung in das Wirtschaftsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Darmstadt 1977 (Einführung)
- Sticht* Zur Haftung des Vertretenen und Vertreters aus Verschulden beim Vertragsschluß, Diss. München 1966
- Stobbe, A.* Gesamtwirtschaftliche Theorie, Berlin 1975 (Stobbe)
- Stöcker* Die Rechtsgrundlage der c. i. c., Diss. Köln 1961
- Stötter, V.* Internationales Einheitskaufrecht, München 1975
- Stoll, Hans* Die Beweislastverteilung bei positiven Vertragsverletzungen, in Festschrift für F. v. Hippel, Tübingen 1967, S. 517 ff.
Begriff und Grenzen des Vermögensschadens, Karlsruhe 1973
Haftungsverlagerung durch beweisrechtliche Mittel, AcP 176 (1976), 146 ff.
Tatbestände und Funktionen der Haftung für culpa in contrahendo in Festschrift für E. v. Caemmerer, Tübingen 1978, S. 435 ff.
- Stoll, Heinrich* Haftung für das Verhalten während der Vertragsverhandlungen, Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht, XVII. Jahrgang 1923, S. 532 ff.
Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung, AcP 136 (1932), 257 ff.
Die Lehre von den Leistungsstörungen, Tübingen 1936
Vertrag und Unrecht, 4. Aufl., Tübingen 1944
- Streissler, E. und M.* Konsum und Nachfrage, Berlin 1966
- Ströbele, P.* Grenzen des Wachstums: Konsequenzen für die Bundesrepublik, Wirtschaftsdienst 1976, 472 ff.
- Stutzky, H.* Heimlich registriertes Käuferverhalten und Persönlichkeitsrecht, JR 1974, 365 ff.
- Teichmann, A.* Die „wirtschaftliche Betrachtungsweise“ in der Anwendung

- des GWB, in Festschrift für H. Bartholomeyczik, Berlin 1973, 377 ff.
- Teichmann/Hansen*
Teubner, G. Zur Zusicherung nach § 463 BGB, NJW 1973, 20 ff.
Standards und Direktiven in Generalklauseln, Frankfurt a.M. 1971 (Teubner)
- Thiedig, K.* Suggestivwerbung und Verbraucherschutz, Frankfurt a.M. 1973
- Thiele, W.* Leistungsstörung und Schutzpflichtverletzung. Zur Einordnung der Schutzpflichtverletzungen in das Haftungsrecht des Zivilrechts, JZ 1967, 649 ff.
Einführung in das Wirtschaftsverfassungsrecht, Göttingen 1970
- Thoma, H.* Bürgerliches Recht, Allgemeiner Teil, Stuttgart 1975
- Thomae, H. (Hrsg.)* Die Motivationen menschlichen Handelns, 8. Aufl., Köln 1975
- Thomas/Putzo*
Tietz, B. (Hrsg.) ZPO, Kommentar, 9. Aufl., München 1977
Handwörterbuch der Absatzwirtschaft, Stuttgart 1974 (Tietz)
- Tilman, W.* Zur Rechtsstellung des Verbrauchers bei Wettbewerbsdelikten, ZHR 141 (1977), 32 ff.
Das AGB-Gesetz und die Einheit des Privatrechts, ZHR 142 (1978), 52 ff.
Stellungnahme zu Steins Beitrag, ZVP 1979, 40 ff.
- Tipke, K.* Steuerrecht, 5. Aufl., Köln 1978
- Todt, B.* Die Schadensersatzansprüche des Käufers, Mieters und Werkbestellers bei Lieferung eines mangelhaften Vertragsobjektes, BB 1971, 680 ff.
- Topritzhofer, E.* Absatzwirtschaftliche Modelle des Kaufentscheidungsprozesses, Wien 1974
- Trescher, K.* Möglichkeiten und Grenzen des vertraglichen Verbraucherschutzes, BB 1976, 523 ff.
- Trimarchi, P.* Die Regelung der Vertragshaftung aus ökonomischer Sicht, ZHR 136 (1972), 118 ff.
- Trinkner, R.* Schutz des Verbrauchers vor irreführender Werbung, BB 1975, 1493 ff.
- v. Tuhr, A.* Das Deutsche Bürgerliche Recht, Erster Band, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Leipzig 1910
Schadensersatz bei Dissens, AcP 121 (1923), 359 ff.
- v. Tuhr/Peter* Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Band I, 3. Aufl., Zürich 1974
- Ulmer, P.* Der Vertragshändler, München 1969
Überlegungen zur wirtschaftlichen Betrachtungsweise im Kartellrecht, WuW 1971, 878 ff.
Schadensersatzansprüche für Verbraucher und Verbraucherverbände bei irreführender Werbung, in Material über Zukunftsaspekte der Rechtspolitik, Bonn 1976

- Schranken zulässigen Wettbewerbs marktbeherrschender Unternehmen, Baden-Baden 1977
- Ulmer/Dopfer* Anlegerschutz und Gesellschaftsrecht. Zur Problematik der Prospekthaftung von Publikumskommanditgesellschaften nach dem Regierungsentwurf eines Vermögensanlagegesetzes, BB 1978, 461 ff.
- Ulmer/Reimer* Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Bd. III, Deutschland, München 1968 (Ulmer/Reimer)
- Unger* C. i. c. und faktisches Vertragsverhältnis, Diss. Köln 1949
- Völp, F.* Ist der Verkauf an der Wohnungstür generell wettbewerbswidrig?, WRP 1973, 63 ff.
- Vogel, F.* Die rechtspolitischen Initiativen der Opposition, ZRP 1976, 214 ff.
- Vogel, H. J.* Vier Jahre sozialdemokratischer Rechtspolitik, ZRP 1976, 211 ff.
- Vollmer, L.* Wettbewerbsrechtliche Mehrerlösabschöpfung nach der UWG- und GWB-Novelle, DB 1979, 2213 ff.
- Walz, R.* Marktbezogener Umweltschutz und privatrechtlicher Immissionsschutz in Funktionswandel der Privatrechtseinstitutionen, Festschrift für L. Raiser, Tübingen 1974, S. 185 ff.
- Wedemeyer, U.* Wettbewerbswidrige Kaffeefahrten – Nichtige Kaufverträge, WRP 1972, 117 ff.
- Weinberg, P.* Die Produkttreue der Konsumenten, Wiesbaden 1977
- Weitnauer, H.* Vertragsaufhebung und Schadensersatz nach dem EKG und nach dem geltenden deutschen Recht, in Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung, Festschrift zum 50jährigen Bestehen des Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht der Universität Heidelberg, Heidelberg 1967, S. 71 ff.
- Die Haftung des Warenherstellers, NJW 1968, 1593 ff.
- Neue Entscheidungen zum Abzahlungsrecht, JZ 1968, 201 ff.
- Der Schutz des Schwächeren im Zivilrecht, Karlsruhe 1975 (Weitnauer)
- Welser, R.* Das Verschulden beim Vertragsschluß im österreichischen bürgerlichen Recht, ÖJZ 1973, 281 ff.
- v. Westerholt/Graupner* Zur Haftung für die Echtheit von Kunstgegenständen, NJW 1978, 794 ff.
- Westermann, Harm Peter* Sonderprivatrechtliche Sozialmodelle und das allgemeine Privatrecht, AcP 178 (1978), 150 ff.
- Westermann, Harry* BGB – Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Karlsruhe 1978
- v. Westphalen* Neue Gesichtspunkte für die Produzentenhaftung, BB 1971, 152 ff.
- Die US-amerikanische Produzentenhaftung, WM 1979, 542 ff.

- Weyers, H.-L. Unfallschäden, Praxis und Ziele von Haftpflicht- und Vorsorgesystemen, Frankfurt 1971 (Weyers)
- Wieacker, F. Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtswörter und die Entwicklung der modernen Gesellschaft (1953), in Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung, Frankfurt a.M. 1974 (Nachdruck), S. 9ff.
Das bürgerliche Recht im Wandel der Gesellschaftsordnungen, in Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung, Frankfurt a.M. 1974, S. 36ff.
Der Kampf des 19. Jahrhunderts um die Nationalgesetzbücher, in Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung, Frankfurt a.M. 1974, S. 79ff.
- Wieck, G. Bewertung typischer Geschäftsformen oder Schutz in Härtefällen?, JZ 1974, 13ff.
- Wieken, K. Die Organisation der Verbraucherinteressen im internationalen Vergleich, Göttingen 1976
- Wiethölter, R. Privatrecht als Gesellschaftstheorie, in Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen, Festschrift für L. Raiser, Tübingen 1974, S. 645ff.
- Winkler, K. Die Formbedürftigkeit von Kaufanwärterverträgen über Grundstücke und Eigentumswohnungen, NJW 1971, 401ff.
- de With, H. Vereinheitlichung des Wettbewerbsrechts in der EWG und Verbraucherschutz, GRUR Int. 1976, 337ff.
- Wolf, A. Weiterentwicklung und Überarbeitung des Schuldrechts, ZRP 1978, 249ff.
- Wolf, M. Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich, Tübingen 1970 (Wolf)
Käuferschutz durch notarielle Beurkundung von Grundstückskaufanwärterverträgen, JZ 1971, 80ff.
Individualvereinbarungen im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, NJW 1977, 1938ff.
- Wronka, G. Verbraucherverbände und Schadensersatzklage, WRP 1975, 561ff.
Werberechtsreform und Verbraucherschutz, UFITA 80 (1977), 221ff.
- Zeiss, W. Gerichtliche Änderung vertraglich vereinbarter Preis?, NJW 1964, 477ff.
- Zeuner, A. Schadensbegriff und Ersatz von Vermögensschäden, AcP 163 (1963), 380ff.
- Zitelmann, E. Irrtum und Rechtsgeschäft. Eine psychologisch-juristische Untersuchung, Leipzig 1879 (Irrtum und Rechtsgeschäft)
- Zöller, u. a. Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 12. Aufl., Köln 1979 (Zöller)
- Zöllner, W. Arbeitsrecht, München 1977
- Zöpel, Ch. Ökonomie und Recht, Stuttgart 1974
- Zschoche, D. Zur Haftung Dritter aus positiver Forderungsverletzung, VersR 1978, 1089ff.

I. Kapitel. Eine wirtschaftswissenschaftliche Einführung unter Berücksichtigung rechtstatsächlicher Untersuchungen

1. Die Vertragsanbahnung – Darstellung und Definition

Betrachtet man aus rein wirtschaftswissenschaftlicher Sicht den komplexen Vorgang der Vorbereitung und des Abschlusses eines bürgerlich-rechtlichen Vertrags, insbesondere eines Kaufvertrags gemäß § 433 BGB, lassen sich in Anlehnung an die grundlegenden Überlegungen der ökonomischen Entscheidungslehre¹ verschiedene Stadien eines Kaufentscheidungsprozesses des Verbrauchers² unterscheiden. In gleicher Weise, wie mit Hilfe einer idealtypischen Konstruktion grundsätzlich jeder wirtschaftliche Entscheidungsprozeß in die Phasen der Anregung bzw. Suche, der Auswahl, der Durchführung und der Kontrolle aufgegliedert³ werden kann, läßt sich auch der Kaufentscheidungsprozeß des Verbrauchers als ein Netzwerk zirkulärer Beziehungen im Rahmen eines kybernetischen Entscheidungssystems in vier typische Prozeßfelder unterteilen:

Feld 1.1. Der Kontakt des Verbrauchers mit einer Marketingbemühung, insbesondere einer Werbebotschaft einer Unternehmung;

Feld 1.2. Seine Suche nach einer Mittel-Zweck-Relation und die Bewertung unterschiedlicher Angebotsalternativen;

Feld 1.3. Die Manifestation der Kaufentscheidung und ihre Durchführung;

Feld 1.4. Der Ge- oder Verbrauch des erworbenen Wirtschaftsguts.⁴

¹ Vgl. dazu Heinen, E., Grundlagen betriebswirtschaftlicher Entscheidungen. Das Zielsystem der Unternehmung, Wiesbaden 1971, passim; ders. (Herausgeber), Industriebetriebslehre. Entscheidungen im Industriebetrieb, Wiesbaden 1975, S. 25 ff., 53 ff.; aus der amerikanischen Literatur vgl. grundlegend Simon, H. A., Administrative Behavior, Chicago 1947, dem dafür als erstem Betriebswirtschaftler der Ökonomie-Nobelpreis 1977 verliehen wurde; vgl. Heinen/Wenger, Beschränkte Rationalität, in Wirtschaftswoche, Nr. 44, 1978, S. 84.

² Als Verbraucher soll hier nur der Letztverbraucher verstanden werden, der nicht als Kaufmann, Gewerbetreibender oder Freiberufler, sondern als Privatmann und „Bürger“ i. S. des Bürgerlichen Rechts, Rechtsgeschäfte vornimmt und daher als Laie nicht zu den Insidern des Geschäftslebens gehört. Zu der mangelnden Einheitlichkeit der Definition des Verbrauchers in unserer Rechtsordnung vgl. Schneider, T., Der Begriff des Verbrauchers im Recht, BB 1974, 764 ff.; Schricker, G., Verbraucherschutzrecht – ein neues Rechtsgebiet?, GRUR Int. 1976, 315 ff. (320); Schricker/Lehmann, Der Selbstbedienungsgroßhandel, München 1976, S. 99 ff.; Reich/Tonner/Wegener, Verbraucher und Recht, Göttingen 1976, S. 8 ff.; Reich, N., Markt und Recht, Neuwied 1977, S. 179.

³ Vgl. Heinen, E., Industriebetriebslehre, a. a. O., S. 53/54.

⁴ Vgl. ausführlich zur Systematisierung von Kaufentscheidungsprozessen Schulz, R., Kaufentscheidungsprozesse des Konsumenten, S. 61 ff.; Nieschlag/Dichtl/Hörschgen, Marketing, S. 32 ff.; Kroeber-Riel, W., Konsumentenverhalten, S. 45 ff.; Topritzhof, E., Absatzwirtschaftliche Modelle des Kaufentscheidungsprozesses, S. 13 ff.

Diese verschiedenen Phasen eines Gesamtentscheidungsprozesses im Zusammenhang mit einem Vertragsabschluß stehen untereinander in einer engen wechselseitigen Beziehung; die jeweiligen Teilentscheidungen im Bereich des einen Prozeßfeldes beeinflussen die nachfolgenden, und zu jedem Zeitpunkt kann der Entscheidungsprozeß insgesamt abgebrochen werden. Auch werden sich häufig, je nachdem welche verhaltensorientierte Typologie einer konkreten Kaufentscheidung prinzipiell zugrunde gelegt werden kann,⁵ die verschiedenen Prozeßfelder miteinander vermischen und überschneiden; gleichwohl kann typischerweise aber von einer gewissen feststehenden Entscheidungsabfolge in ihrer historischen Entwicklung und zielgerichteten Konditionierung ausgegangen werden.

1.1. Der Kontakt mit einer Werbebotschaft

Regelmäßig beginnt jeder Kaufentscheidungsprozeß des Verbrauchers zuerst einmal mit einer Anregungs- und Informationsphase. Der Verbraucher wird durch die Informations-, Kommunikations- und sonstigen Marketingtechniken der Angebotsseite erfaßt oder begibt sich aus eigenem Antrieb in diese Sphäre der unternehmerischen Absatzpolitik.⁶ In dieser Phase spielt in der modernen Industriegesellschaft der komplexe Bereich der Werbung, Verkaufsförderung (Sales Promotion) und der allgemeinen Öffentlichkeitsarbeit (Public Relations) der Angebotsseite eine entscheidende Rolle.⁷ Jede Werbebotschaft informiert⁸ und versucht, den Verbrau-

Die dargestellte Systematisierung folgt maßgeblich dem totalen Modell von Nicosia, F. M., *Consumer Decision Processes*, S. 118ff., das wegen seines zeitlichen Bezugs besonders geeignet ist, ein Grundsystem des Zustandekommens von Verträgen zu veranschaulichen.

⁵ Hier kann man zurückgehen auf Katona, Planungshandeln, Routinehandeln und Spontanhandlungen beim Kauf unterscheiden, vgl. dazu Schulz, S. 31; Streissler, E. und M. (Herausgeber), *Konsum und Nachfrage*, S. 14ff.

⁶ Zur Absatzpolitik vgl. insbesondere Nieschlag/Dichtl/Hörschgen, S. 179ff.; Leitherer, E., *Absatzlehre*, S. 20ff.; Kotler, P., *Marketing Management*, S. 3ff.; Döppner, H. W., *Verkaufsförderung – eine Marketing-Funktion*. Dargestellt am Beispiel der Konsumgüterindustrie, S. 22ff.

Für den Konsumgüterabsatz unterscheidet man in die absatzwirtschaftlichen Aktionsbereiche der Produkt- und Sortimentsgestaltung, der Werbung, der Absatzorganisation, der Preisgestaltung und der Absatzfinanzierung. Zur verfassungsrechtlichen Absicherung dieses Bereichs der gewerblichen Tätigkeit vgl. grundlegend Lerche, P., *Werbung und Verfassung*, passim.

⁷ Vgl. dazu statt vieler, Nieschlag/Dichtl/Hörschgen, S. 330ff.; Kotler, S. 84ff.; Bidlingmaier, I., *Marketing 1 und 2*, S. 377ff.; Müller, C., *Gesellschaftliche Funktionen der Konsumwerbung*, S. 44ff., 110ff.

Zur aktuellen Situation und Bedeutung der Wirtschaftswerbung vgl. *edition ZAW*, Jahrbuch Werbung 1976/1977. Für 1976 gibt der ZAW einen Betrag von 7,7 Milliarden DM (1969 waren es schon 18,6 Milliarden) als Werbekosten an. Von Wirtschaftsfachleuten wird dieser Betrag als viel zu niedrig angesetzt beurteilt. Klein-Blenkers beziffert z.B. die gegenwärtigen Kosten für Werbung und Verkaufsförderung mit ca. 30 Milliarden DM (1975: 27,7 Milliarden); vgl. Handelsblatt 27. 12. 1977, S. 12: „Mit einer Verniedlichung der Werbekosten ist

cher zu einem Geschäftsabschluß zu motivieren,⁹ und beeinflusst somit regelmäßig ganz erheblich sein wirtschaftliches Verhalten.¹⁰ Sie prägt die Vorstellung über die Eigenschaften einer Unternehmung und/oder eines bestimmten Wirtschaftsgutes und beeinflusst zusammen mit den persönlichen Erfahrungen und der allgemeinen psychologischen Disposition des jeweiligen Individuums¹¹ dessen Einstellung gegenüber einem Produkt und damit zusammenhängend auch gegenüber bestimmten Einkaufsstätten.¹² Falls diese Werbebotschaft nicht negiert oder vergessen wird, wird sie vom Verbraucher gespeichert und kann damit neben anderen Variablen mehr oder weniger stark als Einflußgröße für dessen Prädisposition im Hinblick auf einen möglichen späteren Vertragsabschluß wirksam werden.¹³ Verschiedene Wirtschaftswissenschaftler messen diesen Beeinflussungen durch Marketingbemühungen

keinem gedient“ und Handelsblatt 29. 4. 1977, S. 14. Von einem geschätzten Mittelwert ausgehend, werden in der Bundesrepublik über DM 110 pro Kopf der Bevölkerung für Werbung pro Jahr ausgegeben. Vgl. FAZ, Blick durch die Wirtschaft, 11. 10. 1976, S. 1: „Werbeausgaben steigen wieder“; vgl. auch edition ZAW Werbung 1975/1976, S. 90f. Ein weiteres Ansteigen der Werbeausgaben, überproportional zur Zunahme der Verbraucherausgaben, wird außerdem erwartet, weil Deutschland in der internationalen Rangliste der Werbeausgaben nur eine mittlere Position einnimmt; vgl. dazu auch MA 1979, 330ff., Rechenschaftsbericht der Werbewirtschaft. Diese Zahlen muß man dazu in Relation setzen, daß der Verbraucher ein verfügbares Einkommen von über 840 Milliarden DM pro Jahr hat, das zu fast 90% (1974 753 Milliarden) in den privaten Verbrauch fließt, vgl. Statistisches Jahrbuch 1975, S. 482.

⁸ Vgl. statt vieler Brückner, P., Die informierende Funktion der Wirtschaftswerbung. Probleme und Problemwandel, passim; Nickel, V. edition ZAW, Werbung – Fakten für Verbraucher, S. 11ff.

⁹ Schmalen, H., Werbung im Meinungsstreit, WiSt 1975, 496ff.; Kroeber-Riedl, Über die Schönfärberei in der Werbelehre – faktische und normative Aspekte der menschlichen Verhaltenssteuerung, WiSt 1972, 127ff.; Bergler, A., Werbung – Meinungen, Märkte, Mechanismen, MA 1975, 230ff. Zur Motivation menschlichen Handelns allgemein vgl. insbesondere die Beiträge bei Thomae (Herausgeber), Die Motivationen menschlichen Handelns, 8. Aufl., Köln 1975.

¹⁰ Bei einer repräsentativen Umfrage auf europäischer Ebene der Kommission der EG stimmten 63% der befragten europäischen Verbraucher mit der Frage: „Die meisten Leute lassen sich (bei ihrem Kaufverhalten) hauptsächlich von der Werbung beeinflussen“ völlig (23%) bzw. im großen und ganzen (40%) überein. In der Bundesrepublik waren es genau 64% (21% völlige, 43% im großen und ganzen) Übereinstimmung, vgl. Kolloquium über Verbraucherinformation, Kommission der EG, Brüssel, 23.–25. November 1977, Kommission 1, Verbraucherinformation durch die Unternehmen. Vor dem Einkauf, S. 11 und 13; vgl. auch Der europäische Verbraucher. Seine Sorgen, seine Hoffnungen, sein Informationsstand, der Verbraucher 1976, Heft 23/24, S. 2ff., sowie Iris/Burnett, Handelsblatt 23. 11. 1977, S. 24: Auf die Frage „Bei vielen Produkten lasse ich mich in der Auswahl von der Werbung beeinflussen“ antworteten in der Bundesrepublik 43% der Männer mit ja (20%) bzw. teils/teils (23%) und 52% der Frauen mit ja (24%) bzw. teils/teils (28%).

¹¹ Vgl. dazu insbesondere v. Rosenstiel, L., Psychologie der Werbung, S. 57ff.

¹² Zu den empirischen Untersuchungen zur Erklärung der Produkttreue vgl. Weinberg, P., Die Produkttreue der Konsumenten, S. 43ff.; vgl. auch Blume/Müller/Röper, Werbung für Markenartikel – Auswirkungen auf Markttransparenz und Preise, passim; Heinemann, M., Einkaufsstättenwahl und Firmentreue des Konsumenten, S. 43ff.

¹³ Vgl. Schulz, S. 64.

sogar soviel Bedeutung und Gewicht bei, daß sie von einer durch das Marketingmanagement kontrollierten und gezielten „gemachten Nachfrage“ sprechen.¹⁴

1.2. Die Bewertung der Alternativen

Auf diese erste Phase der Suche und der kommunikativen Anregung folgt regelmäßig, solange man dem Durchschnittsverbraucher ein zumindest rudimentär rationales gestaltetes Verhalten, entsprechend dem wirtschaftswissenschaftlichen Modell-

¹⁴ Vgl. dazu besonders pointiert Galbraith, I. K., Die moderne Industriegesellschaft, S. 189 ff.; Kroeber-Riel, W., Über die Schönfärberei in der Werbelehre – faktische und normative Aspekte der menschlichen Verhaltenssteuerung, WiSt 1972, 127 ff.; Schmidbauer, W., Homo consumens – Der Kult des Überflusses, S. 52 ff.

Es soll hier jedoch die bekannte Diskussion über Werbung und Manipulation nicht vertieft, sondern nur die Wichtigkeit und Dimension der modernen Wirtschaftswerbung deutlich gemacht werden.

Zur Diskussion über die Manipulation durch Werbung vgl. statt vieler Schmalen, H., Werbung im Meinungsstreit, WiSt 1975, 496 f.; Luckenbach, H., Zur konsum- und wohlfahrtstheoretischen Relevanz der Konsumentensouveränität, WiSt 1973, 399 f.; Engelhardt, W., Konsumentensouveränität und Unternehmerautonomie, WiSt 1976, 545 f.; Lange/Treis, Konsumentensouveränität und Konsumfreiheit, MA 1972, 333 f.; Jeschke, D., Konsumentensouveränität in der Marktwirtschaft – Idee, Kritik, Realität, S. 15 f.; Kroeber-Riel, W., Konsumentenverhalten, S. 46 f., 390 f.; Haeflinger, J. C., Die Konsumfreiheit, Diss. St. Gallen, S. 233 f.; Röper, B., Zur Manipulation von Bedürfnissen, MA 1977, 328 ff.

Vgl. auch AGV – Verbraucherpolitische Korrespondenz, 22. 6. 1976, Sonderbeilage AGV-Positionspapier „Werbung“; Nieschlag, R., Vermag die moderne Werbung den Menschen zu „manipulieren“?; Cassel, D., Manipulation des Verbrauchers?, Wirtschaftsdienst 1971, 217 ff.

Am realitätskonformsten scheint es zu sein, weder von dem einen Extrem der absoluten Konsumentensouveränität noch von dem anderen der totalen Manipulation des Verbrauchers auszugehen, sondern eine zumindest relative, den jeweiligen besonderen Umständen entsprechende Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers für gegeben zu erachten. Vgl. dazu Lange/Treis, MA 1972, 333 ff.; Lehmann, M., Die Werbung mit Geschenken, S. 160 ff. Vgl. in diesem Zusammenhang auch Borkel, W., Erfahrungen eines Flop-Analytikers, Absatzwirtschaft 1977, S. 34; mehr als 50% aller nach reiflichen Marktforschungsbemühungen neu auf den Markt gebrachten Produkte erweisen sich als Flops. Auch die neuesten Erkenntnisse über die vermeintliche Manipulierbarkeit des Menschen durch Gehirnwäsche oder Pharmaka sprechen eher für diese Annahme. Vgl. Die Zeit, Nr. 35 vom 19. 8. 1977, S. 41: „Dollars, Drogen und Gehirne. Wie der US-Geheimdienst 25 Jahre lang menschliches Verhalten erforschen ließ.“ In die gleiche Richtung deuten auch die Aussagen führender Werbemotivations- und Kommunikationsforscher, die immer wieder betonen, sie seien nur „Strömungsforscher“. Vgl. Dichter, E., Handbuch der Kaufmotive. Der selling appeal von Waren, Werkstoffen und Dienstleistungen, S. 7 ff.; vgl. auch Katona, G., Das Verhalten der Verbraucher und Unternehmen, S. 73 f.; König, R., Konsumgewohnheiten und Konsumenten in der heutigen Gesellschaft – Erkenntnisse der Soziologie, Universitas 1975, Heft 9, S. 911 ff.; Brand, H. W., Die Legende von den geheimen Verführern, S. 189 ff.

Letztlich wird sich eine objektive und allgemein gültige Antwort wahrscheinlich überhaupt nicht ermitteln lassen, denn diese Frage nach der Willensfreiheit des Menschen führt zu den längst bekannten aber bislang immer noch ungelöst gebliebenen philosophischen Grundproblemen des Determinismus und des Indeterminismus. Vgl. in diesem Zusammenhang auch Nieschlag/Dichtl/Hörschgen, S. 541.

bild des „homo oeconomicus“, unterstellen kann,¹⁵ die zweite Phase der vergleichenden Informationssuche und der Bewertung sowie Optimierung der verschiedenen Angebotsalternativen. Der Käufer sieht sich aufgrund der entstandenen Einstellung im Zusammenhang mit seinem zumindest subjektiven Empfinden einer bestimmten Knappheitssituation zu einer ökonomischen Aktivität in Richtung auf eine Bedarfsdeckung veranlaßt. Das Vorhandensein eines Bedarfs¹⁶ wird nunmehr nicht mehr nur empfunden und registriert, sondern bewirkt beim Verbraucher die Entfaltung einer sammelnden, sichtenden und auswählenden Tätigkeit. Auf diesem Prozeßfeld erlangt das Vorhandensein von Markttransparenz¹⁷ und damit gleichfalls wiederum zu einem Großteil die Absatzbemühungen der Angebotsseite eine ausschlaggebende Bedeutung. Nur wenn die verschiedenen Marktteilnehmer möglichst vollständig die für die Preisbildung und damit auch für den Abschluß eines bürgerlich-rechtlichen Vertrags wesentlichen Informationen besitzen, können sie im richtigen Sinn gemäß dem für das Funktionieren einer Marktwirtschaft fundamentalen Theorie des Preismechanismus¹⁸ handeln und somit in gesamtwirtschaftlich erwünschter Weise ihre Nachfrage dem jeweils günstigsten Angebot zuführen. Auch in diesem Zusammenhang sind wiederum für die Verbraucher die Marketing- und Kommunikationsbemühungen der Angebotsseite neben vergleichenden Waren-

¹⁵ Zur Problematik dieses volkswirtschaftlichen Modells, das immer noch Ausgangspunkt vieler wirtschaftswissenschaftlicher Überlegungen ist, vgl. insbesondere Scherhorn, G., in Handbuch der empirischen Sozialforschung, Freizeit – Konsum, Band 11, S. 193ff.; Nieschlag/Dichtl/Hörschgen, S. 32ff., jeweils mit weiteren Literaturhinweisen; siehe auch oben, Fußn. 14, am Ende.

¹⁶ Zur wirtschaftswissenschaftlichen Bedeutung des Begriffs des Bedarfs, seiner Unterteilung in Kaufkraft und Bedürfnis sowie zu dem Begriff des Nutzens, insbesondere des Grund- und Zusatznutzens von Gütern, vgl. Leitherer, E., Betriebliche Marktlehre, S. 116ff.; Tietz, B. (Herausgeber), Handwörterbuch der Absatzwirtschaft, Stichwort „Bedarf“, S. 313ff., „Verbraucherforschung“, S. 2039ff.

¹⁷ Zur Bedeutung der Markttransparenz in der volkswirtschaftlichen Theorie der Preisbindung vgl. Tietz, Stichwort „Markttransparenz“, S. 1420ff.; Stobbe, A., Gesamtwirtschaftliche Theorie, S. 181f.; Geigant/Sobotka/Westphal, Lexikon der Volkswirtschaft, S. 324. Vollständige Markttransparenz im Fall des Vorliegens der Marktform der vollständigen Konkurrenz bewirkt, daß durch das Zusammenspiel von Angebot und Nachfrage sich ein Gleichgewichtspreis für ein Gut ergibt, der gleichermaßen für Anbieter und Nachfrager ein Datum ist. Zur Notwendigkeit der Erhöhung und Verbesserung der Markttransparenz vgl. insbesondere Kommission für wirtschaftlichen und sozialen Wandel, Gutachten der Kommission Wirtschaftlicher und sozialer Wandel in der Bundesrepublik Deutschland, veröffentlicht durch die Bundesregierung, Bonn 1976, S. 411; vgl. in diesem Zusammenhang auch die Bemühungen der EG um die Verbesserung der Verbraucherinformation, a. a. O., Fußn. 10, sowie Kommission der Europäischen Gemeinschaft, 1. Bericht, Politik zum Schutz und zur Unterrichtung der Verbraucher, Brüssel 1977, S. 7ff., sowie die Entschließung des Europäischen Parlaments zur gemeinschaftlichen Verbraucherpolitik, Bundestagsdrucksache 8/936.

¹⁸ Zur volkswirtschaftlichen Entwicklung des Theorems des Preismechanismus durch Adam Smith und David Ricardo vgl. bei Stavenhagen, G., Geschichte der Wirtschaftstheorie, S. 53ff., 62ff.; Schachtschnabel, H. G., Geschichte der volkswirtschaftlichen Lehrmeinungen, S. 49, 52f.

tests¹⁹ und anderen informativen Veröffentlichungen von nicht unmittelbar am Marktgeschehen Beteiligten von kaufentscheidender Relevanz,²⁰ denn sie vermitteln ihnen zumindest z.T. jene Angaben über ein Wirtschaftsgut, die für die sinnvolle Durchführung eines ökonomischen Auswahl- und Optimierungsprozesses notwendig sind. Daneben wirken noch eine Vielzahl von anderen Faktoren, wie z.B. die individuellen Persönlichkeitsmerkmale und Wertsysteme, die Höhe des Anspruchsniveaus, die Kosten der Informationssuche, der erwartete Nutzen und nicht zuletzt die jeweilige Kaufkraft, auf diese Informationssuche und Alternativenbewertung unter Heranziehung einer ökonomisch orientierten Mittel-Zweck-Relation ein, deren Ergebnis²¹ prinzipiell nur entweder der Abbruch des Entscheidungsprozesses, seine Fortsetzung und Intensivierung oder aber der Entschluß, eine auf den Abschluß eines bürgerlich-rechtlichen Vertrags gerichtete Erklärung, also ein Angebot oder eine Annahmeerklärung, abzugeben, sein kann. Vor dieser Manifestation des Willens zu einem Vertragsschluß ist regelmäßig irgendwann vom Verbraucher die eigentliche Kaufentscheidung gefällt worden.

1.3. Der Abschluß eines Rechtsgeschäfts

In der dritten Phase wird diese bereits getroffene Kaufentscheidung durch den Kaufakt, d.h. durch den Abschluß eines rechtswirksamen Vertrags, mittels der Abgabe von einander entsprechenden, rechtlich auch hinsichtlich ihrer inhaltlichen Ausgestaltung vorgeschriebenen Willenserklärungen oder Realakten und des Austausches der vereinbarten Wirtschaftsgüter realisiert bzw. versucht zu realisieren. Im wesentlichen treten erst in diesem Moment konstitutive, originäre Kriterien des Rechts in den Vordergrund, die Domäne der Rechtsgeschäftslehre²² ist eröffnet, wobei jedoch auch die Motivationen und Einstellungen des Verbrauchers, die sich in den vorhergehenden Phasen des Kaufentscheidungsprozesses aufgrund interner und externer Informationen entwickelt haben, als wichtige Einflußgrößen in dieses Feld der Realisierung der Kaufentscheidung eingehen. Falls bei diesem Vollzug des vereinbarten Tauschgeschäfts keine Störgrößen in Erscheinung treten, ist mit dem Gütertausch der Kaufakt abgeschlossen.

¹⁹ Vgl. die Zeitschrift „test“ der Stiftung Warentest in Berlin sowie die Zeitschrift „DM“.

²⁰ Vgl. dazu die bereits in Fußn. 10 erwähnte Studie über den europäischen Verbraucher, a.a.O., S. 18, wonach zumindest insgesamt 50% der Befragten der Aussage „Die Werbung vermittelt dem Verbraucher nützliche Informationen“ ganz (10%) bzw. im großen und ganzen (40%) zugestimmt haben.

²¹ Vgl. dazu auch Schulz, S. 66. Zu dem dem ökonomischen Rationalprinzip entsprechenden Vorgang der Maximierung einer Zweck-Mittel-Relation vgl. Nieschlag/Dichtl/Hörschgen, S. 3.

²² Dieses Feld stellt das Zentrum der rechtswissenschaftlichen Beschäftigung mit einem ökonomischen Transaktionsvorgang dar. Die Lehre vom Rechtsgeschäft ist der Hauptgegenstand des juristischen Interesses. Vgl. Larenz, K., Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts. Ein Lehrbuch (AT), S. 261 ff.; Flume, W., Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Band, Das Rechtsgeschäft, S. 23 ff.

1.4. Die Rückkoppelung und Kontrolle

Gleichwohl kommt es danach regelmäßig zu einem wirtschaftlich und unter Umständen auch rechtlich relevanten Prozeß der Rückkoppelung und der Kontrolle mittels eines Ist/Soll-Vergleichs durch den Ge- oder Verbrauch des erworbenen Wirtschaftsguts im Rahmen des obenskizzierten vierten Prozeßfeldes der Einkaufsentscheidung. Der Verbraucher macht regelmäßig nach dem Kaufakt bestimmte Erfahrungen mit einem Produkt oder einer gewerblichen Leistung, kann diese mit den in der Werbebotschaft oder sonstigen absatzfördernden Verlautbarungen des Verkäufers oder Herstellers gemachten Ankündigungen vergleichen und bringt sein sich daraus ergebendes Urteil als wichtige Information in eine mögliche neue Phase des Kontakts mit Marketingbemühungen der bereits bekannten Repräsentanten der Angebotsseite mit ein.²³ In dieser vierten Phase des Kaufentscheidungsprozesses zeigt es sich abschließend, ob der durch den Kaufakt artikulierte Bedarf des Verbrauchers zu seiner wunschgemäßen Befriedigung durch den Ge- oder Verbrauch der erworbenen Wirtschaftsgüter führt. Dies wird vor allem von dem Grad der Übereinstimmung der Bedarfsfaktoren abhängen, die zu dem Kaufentschluß geführt haben, und denjenigen, die durch den Konsum des Gutes tatsächlich befriedigt werden. Je nachdem, welches Ausmaß hier eine mögliche Dissonanz annimmt, wird der Verbraucher unterschiedlich reagieren; bei nur geringfügigen Abweichungen wird er nichts unternehmen oder bei Wiederholungskäufen nur das Produkt oder die Einkaufsstätte wechseln, in gravierenden Fällen dagegen sogar rechtliche Maßnahmen ergreifen.²⁴

1.5. Der Bereich der Vertragsanbahnung

Ausgehend von diesem wirtschaftswissenschaftlichen idealtypischen Modell des Kaufentscheidungsprozesses des Verbrauchers, kann der Kernbereich der Vertragsanbahnung zumindest einmal mit den zwei ersten Feldern dieses komplexen Vorgangs gleichgesetzt werden, die vor der endgültigen Manifestation der Kaufentscheidung eines Nachfragers liegen. Solange die Nachfrageseite sich noch auf der Suche nach einem für sie passenden Angebot befindet oder immer noch die verschiedenen Angebotsalternativen gegeneinander abwägt, ist die Phase der Vertragsanbahnung.

²³ Vgl. dazu die Untersuchung der Kommission der EG, a.a.O., Fußn. 10, Kommission 2, S. 12: Von 100 bei einem Kauf sich übervorteilt fühlenden Verbrauchern haben u. a. 17 nichts unternommen, 24 beschlossen, dieses Geschäft nie wieder zu betreten, 20 sich beim Verkäufer beschwert, sonst aber nichts unternommen, 24 einen Umtausch gefordert oder das Geld zurückverlangt, 16 auf die schlechten Erfahrungen andere Verbraucher aufmerksam gemacht, 2 sich bei einer Verbraucherorganisation beschwert und 1 gerichtliche Schritte unternommen (Mehrfachnennungen waren möglich). Vgl. in diesem Zusammenhang auch Kangun/Cox/Higginbotham/Burton, Consumerism and Marketing Management, Journal of Marketing, Bd. 39, April 1975, S. 3ff.

²⁴ Vgl. a.a.O., Fußn. 23.

nung noch nicht abgeschlossen. Erst wenn sie sich für ein bestimmtes Angebot definitiv entschieden hat, dient jede weitere Aktion ihrerseits nicht mehr nur der Vorbereitung²⁵ oder Anbahnung eines Vertrags, sondern dessen Abschluß. Der Nachfrager will nun einen Kaufvertrag rechtswirksam zustande kommen lassen.

In Kategorien des bürgerlichen Kaufrechts gesprochen, ist der Bereich der Vertragsanbahnung²⁶ solange noch nicht verlassen, solange ein Nachfrager weder das Angebot eines Verkäufers rechtswirksam angenommen hat, noch seinerseits ein rechtlich verbindliches Kaufangebot abgegeben hat, das zu einem Vertragsabschluß führt. Anders formuliert, wenn der Nachfrager seinerseits alles Erforderliche getan hat, damit ein rechtlich wirksamer Kaufvertrag zustande kommen kann, ist von diesem Moment an die auf das Feld der Vertragsanbahnung folgende Phase des Vertragsabschlusses berührt. Auf jeden Fall ist jedoch immer spätestens im Moment des Zustandekommens eines Vertrags der Prozeß der Vertragsanbahnung abgeschlossen.

Die Abgabe eines rechtlich bindenden Angebots sollte jedoch als konstitutiver Baustein für das Zustandekommen eines Vertrags schon zum Bereich der Bemühungen um den konkreten Abschluß eines Vertrags, nicht mehr aber nur zu dessen Anbahnung gehörend, gerechnet werden. Der Akt der Abgabe eines Angebots dient aus der Sicht des Erklärenden wesensnotwendig primär dem Abschluß eines Vertrags, nicht mehr dessen Anbahnung und Vorbereitung, denn mit der Abgabe dieser Erklärung hat dieser rechtlich bindend verlauten lassen, daß er als Antragender im Fall der Annahme seines Angebots eine bestimmte rechtliche Regelung mit dem erklärten Inhalt als rechtsverbindlich gelten lassen will.

Daß das Angebot nicht mehr als zu den bloß vorbereitenden Aktivitäten der Vertragsanbahnung, sondern schon als zum Vertragsabschluß selbst gehörig betrachtet werden sollte, kann auch damit erklärt werden, daß die Rechtsordnung ein gültiges Vertragsangebot nur dann als vorliegend erachtet, wenn es inhaltlich so bestimmt ist, daß ein Vertrag mit hinreichend bestimmtem Inhalt durch eine einfache Zustimmungserklärung des Abnehmenden ohne weitere Zusätze zustande kommen kann.²⁷ Weil das Vertragsangebot, der „Antrag“, gemäß § 145 BGB inhaltlich so ausgestaltet sein muß, daß durch ein einfaches „Ja“ des Annehmenden ein Vertrag geschlossen werden kann, und weil einer uneingeschränkten Offerte gemäß § 145 BGB rechtlich eine bindende Wirkung zukommt,²⁸ hat mit der Abgabe dieser Willenserklärung der Erklärende die Sphäre der Vertragsanbahnung bereits verlas-

²⁵ Ohne hier auf strafrechtliche Abgrenzungskriterien rekurrieren zu wollen, soll hier auf die Parallele der Unterscheidung in Vorbereitungshandlung und Versuch hingewiesen werden; vgl. dazu die einschlägigen Kommentierungen zu § 22 StGB, etwa bei Lackner, K., Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, vor § 22, Anm. 3.

²⁶ Zum Gebrauch dieses Terminus vgl. Fikentscher, W., Schuldrecht, S. 64; vgl. auch Larenz, AT, S. 94, der vom „Rechtsverhältnis der Vertragsverhandlungen“ spricht; s. auch unten III. Kap., Fußn. 2.

²⁷ Vgl. statt vieler, Larenz, AT, S. 443; Flume, S. 635; Beuthien/Hadding/Lüderitz/Medicus/Wolf, Studienkommentar zum BGB, § 145, I, 1.

²⁸ Dies im Gegensatz zu den Regelungen anderer Rechtsordnungen, vgl. Flume, S. 640.

sen. Dem Grundsatz nach geht dieser nämlich davon aus, daß, abgesehen von gewissen Ausnahmen, etwa im Fall einer Annahme unter Einschränkungen gemäß § 150 Abs. 2 BGB, infolge seines Angebots ein Vertrag zumindest möglicherweise abgeschlossen wird. Mit der Abgabe eines rechtlich bindenden Angebots wird daher regelmäßig zumindest seitens des Erklärenden der Inhalt des noch abzuschließenden Vertrags nicht mehr verhandelt; jede weitere Aktion richtet sich im wesentlichen nur noch auf das Zustandekommen oder Scheitern eines Vertragsschlusses, weitere Vertragsanbahnungsmaßnahmen neben dem Austausch von Anträgen oder Annahmeerklärungen werden in der Regel in diesem Stadium nicht mehr vorgenommen.

Auch ökonomisch betrachtet, sind mit der Abgabe eines rechtlich bindenden Kaufantrags die entscheidenden Würfel gefallen. Besonders deutlich wird dies, wenn diese Abgabe eines Kaufantrags nicht im ersten Anlauf zu dem gewünschten Vertragsabschluß führt. In diesem Fall wird der Kaufentscheidungsprozeß, wenn er nicht völlig abgebrochen wird, aus dem Stadium des Vertragsabschlusses wieder in das der Vertragsanbahnung zurückverwiesen, und es wird erneut so lange verhandelt, bis eine der Parteien einen neuen Kaufantrag abgibt. Gleiches gilt aus dem Gesichtspunkt der Angebotsseite, die ihre absatzfördernde Aktivität mit dem Ziel entfaltet, eine Leistungsverwertung am Markt durchführen zu können. Auch sie muß den eigentlichen Vertragsabschluß von der Phase der Vertragsanbahnung unterscheiden. Alle Marketingbemühungen der Angebotsseite, der Hersteller und des Handels, zielen darauf ab, den Nachfrager dazu zu bewegen, entweder einen Kaufantrag abzugeben oder anzunehmen. Dies ist die primäre Intention aller absatzfördernden Anstrengungen. Durch die Kombination der verschiedenen absatzpolitischen Instrumente,²⁹ z. B. der Produktionsgestaltung, der Distribution, der Preispolitik und vor allem der Werbung, will die Angebotsseite den Verbraucher dazu bewegen, seinen Bedarf am Markt zu artikulieren und für ein bestimmtes Gut ein Kaufangebot abzugeben oder anzunehmen. Nur so lange und so weit gehen die akquisitorischen Bemühungen, die zielgerichteten Vertragsanbahnungsaktivitäten der Anbieter, denn mit der Abgabe einer dieser Willenserklärungen hat der Verbraucher seinerseits alles Erforderliche getan, um einen Vertragsabschluß mit dem anbietenden Unternehmen zu ermöglichen.

Ohne die in der Praxis äußerst vielgestaltige Erscheinung der Vertragsanbahnung abschließend in das Schema des idealisierten Modells eines Kaufentscheidungsprozesses pressen zu wollen, soll hier im Zuge einer zumindest vorläufigen Systematisierung die Vertragsanbahnung mit allen jenen Aktivitäten der Angebots- oder Nachfrageseite gleichgesetzt werden, die die Abgabe eines Vertragsangebots in irgendeiner Art und Weise vorbereiten oder fördern. Dieser Bereich entspricht im wesentlichen jenen zwei vorstehend skizzierten Prozeßfeldern, die regelmäßig zeitlich vor dem eigentlichen Kaufakt und der dafür notwendigen Manifestation einer Kaufentscheidung durch die Abgabe einer Willenserklärung liegen. Die Vertragsanbahnung umfaßt daher die beiden typisierten Phasen des Kaufentscheidungsprozesses.

²⁹ Vgl. Nieschlag/Dichtl/Hörschgen, S. 179 ff.; Kotler, S. 413 ff.

ses, die der Vorbereitung eines Kaufangebots gewidmet sind und die sich aus dem Blickpunkt der Verbraucher als Tätigkeiten des Suchens und des Auswählens und aus dem Blickpunkt der Anbieter als Maßnahmen des Marketing und der Absatzförderung qualifizieren lassen.

2. Die Vertragsanbahnung in der modernen Industriegesellschaft

Im Zuge des durch die fortschreitende Industrialisierung³⁰ bewirkten Wandels unseres Wirtschaftsgefüges veränderten sich im Lauf der Zeit auch Inhalt und Bedeutung der Vertragsanbahnung, wenngleich ihre grundlegende ökonomische Funktion, die Zusammenführung von Angebot und Nachfrage auf einem Markt, prinzipiell identisch geblieben ist. Insbesondere der Schwerpunkt der Initiative der Vertragsanbahnung ging mit zunehmender Industrialisierung von der Nachfrage auf die Angebotsseite über. In einer ehemals überwiegend bäuerlich-agrarwirtschaftlich geprägten Wirtschaftslandschaft mußten die ökonomischen Aktivitäten der Vertragsanbahnung zwangsläufig ein völlig anderes Erscheinungsbild aufweisen, als dies heute in einer modernen Industriegesellschaft der Fall ist. Mit dem insbesondere durch Arbeitsteilung und Technisierung hervorgerufenen Übergang von einer Knappheitswirtschaft zu einer Gesellschaft des Überflusses³¹ hat sich auf dem Konsumgütermarkt die allgemeine Marktsituation grundlegend verändert, ist aus einem ehemals existenten Verkäufermarkt heute tendenziell ein Käufermarkt geworden.³²

Dies bedeutet, daß in der modernen Industriegesellschaft der Nachfrager insofern eine spezielle ökonomische Position im Zusammenhang mit der Anbahnung von Verträgen innehat, als heute der Anbieter tendenziell erheblich größere Anstrengungen als früher unternehmen muß, um die gewünschte Leistungsverwertung am Markt³³ durch Vollzug eines Güteraustausches bewirken zu können. Der aktivere Teil bei der Vertragsanbahnung muß daher gegenwärtig marktsituationsbedingt grundsätzlich der Anbieter sein.

Eine der Hauptursachen dieser fundamentalen Veränderung der gegenwärtigen Marktgegebenheiten ist insbesondere die nicht vorherzusehende Güterexplosion auf der Angebotsseite, die durch die Entwicklung eines ständig quantitativ und qualitativ expandierenden Produktionsapparates in den durch marktwirtschaftliches Denken geprägten Wirtschaftsräumen bewirkt wurde. Aus der Sicht der Unternehmen

³⁰ Zur grundlegenden Bedeutung der Industrialisierung für den Wandel von Gesellschaft und Wirtschaft vgl. Henning, F.-W., *Die Industrialisierung in Deutschland 1800 bis 1914*, S. 15ff.; Klatt, S., *Zur Theorie der Industrialisierung*, S. 19ff.; Rübberdt, R., *Geschichte der Industrialisierung. Wirtschaft und Gesellschaft auf dem Weg in unsere Zeit*, S. 20ff.; Brusatti, A., *Wirtschaft und Sozialgeschichte des industriellen Zeitalters*, S. 17ff.

³¹ Vgl. dazu das gleichlautende Buch von Galbraith, J. K., *Gesellschaft im Überfluß*; zur Definition des Stadiums der Überflußgesellschaft vgl. auch Kotler, S. 9f.

³² Vgl. dazu Nieschlag/Dichtl/Hörschgen, S. 5 ff.

³³ Zu diesem Hauptziel einer Unternehmung s. Gutenberg, E., *Grundlagen der Betriebswirtschaftslehre*, 2. Band, *Der Absatz*, S. 1 ff.

besteht in hochentwickelten Industriegesellschaften eine ökonomische Engpaßsituation in der Tendenz heute weniger bei der Beschaffung und Produktion als beim Absatz.³⁴ Die Wirtschaftswissenschaft spricht in diesem Zusammenhang mikroökonomisch von dem aktuellen Problem der Marktsättigung³⁵ und makroökonomisch von der Gefahr einer Stagnation³⁶ wirtschaftlichen Wachstums infolge des Fehlens einer ausreichend großen gesamtwirtschaftlichen Nachfrage. Auf der Grundlage dieser wirtschaftlichen Situation wird verständlich, warum die Vertragsanbahnung gerade gegenwärtig ins Zentrum der unternehmerischen Managementtätigkeiten gerückt ist.³⁷

Im wesentlichen wird heutzutage nur noch die Bauwirtschaft und das Dienstleistungsgewerbe (Bau oder Reparatur eines Hauses, Anfertigung eines Maßanzugs) auf dem Konsumgütermarkt aufgrund einer konkreten Bestellung eines Verbrauchers tätig, so daß hier konstatiert werden könnte, der Anstoß für diese produktive Aktivität sei durch eine autonom getroffene Entscheidung der Nachfrageseite bewirkt worden. Typischerweise ergreift demgegenüber heute im Regelfall auf den Konsumgütermärkten die Angebotsseite die Initiative. Die Anbieter werden und müssen wirtschaftssituationsbedingt aktiv und offensiv an den Markt herantreten. Das grundsätzliche, von der Wirtschaftswissenschaft auch heute noch prinzipiell anerkannte theoretische Ablaufmodell geht zwar immer noch davon aus, daß der Verbraucher in Ausübung seiner Souveränität seine Bedarfe und damit auch seine Wirtschaftspläne der Angebotsseite direkt durch Bestellungen, Aufträge etc. übermittelt, dadurch die Wirtschaft lenkt und so auch für sich selbst den höchstmöglichen Grad an Befriedigung aus seinem Einkommen zu erlangen versucht. In einer modernen Industriegesellschaft ist im Gegensatz dazu jedoch in weiten Bereichen eine Umkehrung dieses Vorgangs eingetreten, muß realistischerweise von einem revidierten Ablauf³⁸ ausgegangen werden.

³⁴ Vgl. dazu insbesondere Nieschlag/Dichtl/Hörschgen, S. 9; Kotler, S. 15: „Die Ausrichtung der Unternehmen in jüngster Zeit kann als Marketing-Orientierung gekennzeichnet werden.“

³⁵ Marktsättigung ist dabei als eine mangelnde Aufnahmefähigkeit des Marktes für industriell hergestellte Güter zu verstehen. Vgl. dazu Leitherer, Betriebliche Marktlehre, S. 182f.; Tietz, Stichwort „Marktsättigung“, S. 1401.

³⁶ Zu den volkswirtschaftlichen Stagnationstheorien vgl. grundlegend als Klassiker Malthus, Grundsätze der politischen Ökonomie, S. 416ff.; zusammenfassend Klatt, S. 400ff. Zum Zusammenbruch der kapitalistischen Wirtschaft infolge einer Überproduktion, verbunden mit einer unvermeidlichen Absatzstockung, vgl. auch Marx, K., Das Kapital, Band III, S. 243. Vgl. auch die Keynesche Stagnationstheorie bei Keynes, Allgemeine Theorie der Beschäftigung, des Zinses und des Geldes, deutsche Ausgabe 1936.

Daß eine allgemeine wirtschaftliche Stagnation in der Realität bislang jedoch noch nicht eingetreten ist, wird auf sog. Sonderfaktoren (z. B. Vergrößerung der Märkte, Bevölkerungswachstum, technischer Fortschritt) zurückgeführt. Vgl. auch Ströbele, Grenzen des Wachstums: Konsequenzen für die Bundesrepublik, Wirtschaftsdienst 1976, 472.

³⁷ Vgl. besonders deutlich Kotler, S. 5ff., 11; ohne Verfasser, Wachablösung: Markt- statt Produktmanagement, Absatzwirtschaft, Heft 11, 1977, S. 62ff.

³⁸ Vgl. grundsätzlich dazu Galbraith, Industriegesellschaft, S. 202ff., 238: „Praktisch die

Besonders offenkundig wird dies durch das Ausmaß der Bedeutung und des Gewichts, das die Wirtschaftswissenschaft in Industriegesellschaften der Kaufkraft-, Bedürfnis- und Marktforschung, der Marktbeobachtung und dem damit verbundenen Versuch der Prognostizierung der Nachfrage beimißt.³⁹ Die durch Arbeitsteilung, Spezialisierung und Technisierung entstandene Kluft zwischen Angebot und Nachfrage schließt eine direkte Kommunikation zwischen diesen Marktseiten im Hinblick auf eine Auftragsfertigung praktisch aus. Die Hersteller sind außerdem in diesem in vielerlei Hinsicht komplizierten Zeitalter zu einem Mindestmaß an vorausschauender Planung⁴⁰ und damit grundsätzlich auch zur Vorratsfertigung gezwungen. Sie müssen daher künftige Bedarfe zu ermitteln und zu antizipieren versuchen, an denen sie die Gestaltung ihrer Produktion ausrichten können. Erst an diese Suche nach Marktnischen und sonstigen Absatzchancen sowie nach allen Bemühungen um Beschaffung und Produktion schließt sich als letzter betriebswirtschaftlicher Problembereich der Absatz, die Leistungsverwertung am Markt, an.⁴¹

In diesen beiden Bereichen der Marktforschung und der Absatzgestaltung, somit sowohl vor als auch nach der Produktion, ist es jedoch jedesmal die Angebotsseite, die auf die Nachfrageseite zugeht und wirtschaftlich aktiv werden muß, während letztere mehr oder weniger attentativ bleiben kann. So betrachtet liegt begreiflicherweise der Schwerpunkt der meisten wirtschaftlichen Aktivitäten der Vertragsanbahnung in einer modernen Industriegesellschaft auf der Anbieterseite. Die Hersteller und Händler sind marktbedingt im Regelfall im revidierten Ablauf diejenigen, die die entscheidende vertragsvorbereitende Aktivität entfalten und diese auch entfalten müssen.⁴² Der Verbraucher kann sich angesichts dieser Entwicklungen je nach seiner persönlichen Mentalität entweder als vielgepriesener „König Kunde“⁴³ oder

gesamte Wirtschaftsanalyse und Wirtschaftslehre geht davon aus, daß die Initiative beim Verbraucher liege. Auf Grund von Bedürfnissen, die aus ihm heraus entstehen oder die ihm von seiner Umgebung vermittelt werden, kauft er auf dem Markt Güter und Dienstleistungen. Hieraus ergeben sich Gelegenheiten, mehr oder weniger Geld zu verdienen – die Signale des Marktes an die Herstellerfirmen. Diese richten sich nach den Signalen, die vom Markt und damit letztlich vom Verbraucher ausgehen. Der Weg dieser Instruktionen verläuft nur in einer Richtung: vom einzelnen an den Markt und vom Markt an den Hersteller. Das alles wird recht gefällig durch eine Terminologie unterstützt, die unterstellt, daß alle Macht beim Verbraucher liege.“

³⁹ Vgl. dazu den Überblick bei Leitherer, S. 88 ff., 143 ff.; ders., Absatzlehre, S. 11, mit weiteren Literaturangaben; sowie Schäfer, E., Grundlagen der Marktforschung; Hüttner, M., Grundzüge der Marktforschung, S. 17 ff.

⁴⁰ Galbraith, S. 206.

⁴¹ Vgl. zu dieser Reihenfolge die Gliederung des Standardwerkes von Heinen, E., Industriebetriebslehre, S. 223 ff.

⁴² Das Ausmaß und die Bedeutung dieser Aktivität läßt sich am besten anhand der Höhe der Werbeausgaben der Anbieterseite pro Jahr und pro Kopf einer Bevölkerung erkennen; vgl. dazu oben, Fußn. 7: Bei einem Gesamtaufkommen der Ausgaben der Verbraucher für den Konsum von rund 750 Milliarden (1974) spricht die Summe von rund 30 Milliarden DM Werbekosten und sonstigen Kosten der Verkaufsförderung eine beredte Sprache.

⁴³ Vgl. dazu besonders anschaulich v. Nell-Breuning, U., in: Freiheit, die sie meinen ..., Revolte der Verbraucher, S. 144 ff.

aber auch als manipulierter und außengeleiteter „Konsumknecht“⁴⁴ empfinden. Gegen die prinzipielle Dominanz der Angebotsseite im Bereich aller vertragsanbahnenden ökonomischen Aktivitäten kann er systembedingt nur sehr wenig unternehmen.⁴⁵ Deswegen soll sich auch diese Untersuchung im wesentlichen nur auf die rechtliche Beurteilung von Vertragsanbahnungsbemühungen der Angebotsseite konzentrieren.

3. Der Verbraucher und die Vertragsanbahnung im System der sozialen Marktwirtschaft

3.1. Die Stellung der Nachfrageseite

Die Verbraucher können unter den gegenwärtigen Umständen in Relation zu den Anbietern von Konsumgütern prinzipiell nicht als ebenbürtige, ökonomisch gleich starke Marktpartner betrachtet werden, denn sie sind das Ziel planmäßig entwickelter Absatzstrategien.⁴⁶ Neben dem Umweltschutz ist heute das Thema des Verbraucherschutzes zu einer der zentralen Fragen unserer Gegenwart geworden; kein modernes rechtspolitisches Programm kann sich dem entziehen.⁴⁷

⁴⁴ Vgl. dazu aus der populärwissenschaftlichen Literatur Menge, D., *Der verkaufte Käufer*; Gröper, K., *Der verkaufte Tourist*; Bluth, S., *Rebellion der Verbraucher*, S. 121 ff.

⁴⁵ Fischer-Winkelmann, *Verbraucherbeeinflussung durch die Anbieterseite*, in *Verbrauchersforschung* (Hrsg. H. Matthöfer), S. 69. Zu dem schwierigen Problem der qualitativen Aspekte des Konsums vgl. die Beiträge in Bievert/Schaffart/Zik/Schmölders, *Konsum und Qualität des Lebens*, S. 259 ff.; in gleicher Weise für das Marketing vgl. Specht, G. *Marketing Management und Qualität des Lebens*, passim. Zu dem Problem der Manipulation vgl. oben, Fußn. 14.

⁴⁶ Kommission für wirtschaftlichen und sozialen Wandel, a. a. O., Fußn. 17, S. 405; vgl. auch Tietz, Stichwort „Verbraucher“, S. 2026 ff.; sowie erstes Programm der EG zur Unterrichtung und zum Schutz der Verbraucher, Nr. 7.

Vgl. auch Schricker/Lehmann, in *Werbung/Unlauterer Wettbewerb*, Rdz. 10: „Rechtspolitische Leitfigur ist der ‚Durchschnittsverbraucher‘ auf dem Markt für Massenprodukte des täglichen Konsums. Sein soziales Schutzbedürfnis gegenüber dem wirtschaftlich und intellektuell überlegenen Apparat des Anbieters läßt sich mit den Stichworten der leichten Verletzlichkeit, des Angewiesenseins auf das Angebotene und der Reaktionsschwäche umreißen.“

⁴⁷ Vgl. Vogel, H. J., *Vier Jahre sozialdemokratischer Rechtspolitik*, ZRP 1976, 211 f. (212); Vogel, F., *Die rechtspolitischen Initiativen der Opposition*, ZRP 1976, 214 f. (215); Rost, D., *Was die Werbung von Bonn zu erwarten hat*, MA 1976, 410 ff. Vgl. in diesem Zusammenhang auch die „Verbraucherbotschaft“ John F. Kennedys vom 15. 3. 1962, abgedruckt bei v. Hippel, *Verbraucherschutz*, S. 161 f., und das erste Programm der EG zur Unterrichtung und zum Schutz des Verbrauchers vom 21. 5. 1974, a. a. O., S. 261 f.; sowie den ersten Bericht der Kommission der Europäischen Gemeinschaften, *Politik zum Schutz und zur Unterrichtung der Verbraucher*, a. a. O., Fußn. 17. Nach dem Recht auf Schutz der Gesundheit und Sicherheit sind es insbesondere das *Recht auf Schutz der wirtschaftlichen Interessen* und das *Recht auf Wiedergutmachung erlittenen Schadens*, die sich die EG als Programmpunkte des Verbraucherschutzes gesetzt hat.

Vgl. aus juristischer Sicht dazu insb. das vorstehend zitierte Buch von v. Hippel sowie den

Ausgangspunkt aller Überlegungen bezüglich einer Verbesserung des Verbraucherschutzes ist die Überzeugung, daß der Verbraucher als Laie bei der Nachfrage nach Konsumgütern in vielen Punkten der Angebotsseite, den sich um den Absatz von gewerblichen Erzeugnissen im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit bemühenden Herstellern und Händlern, unterlegen ist. Die Angebotsseite ist in praktisch jeder Hinsicht besser organisiert und informiert; sie vermag sich geschickt eines ausgefeilten Kommunikationsapparats zur Verfolgung ihrer Interessen zu bedienen, während die Nachfrageseite nur sehr beschränkte Möglichkeiten der Einflußnahme und Verhandlung mit Produzenten und Händlern hat und wegen ihrer diffusen Interessen nur unter sehr schwierigen Umständen sich organisieren läßt.⁴⁸ Bezeichnenderweise wurde auch aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht das Verhalten der Nachfrage weit häufiger unter Gesichtspunkten der Verbesserung der Absatzbedingungen als aus dem speziellen Blickpunkt der Verbraucher selbst untersucht.⁴⁹ Eine wirtschaftswissenschaftliche Teildisziplin des Verbraucherschutzes, die in Umfang und Ausmaß dem komplexen Lehrgebiet des Marketing entspräche, konnte sich bis heute noch nicht entwickeln.⁵⁰

Diese generelle wirtschaftliche Vormachtstellung der Angebotsseite wirkt sich besonders deutlich bei der Vertragsanbahnung von bürgerlich-rechtlichen Verträgen

Überblick bei Schricker, G., Verbraucherschutzrecht – ein neues Rechtsgebiet?, GRUR Int. 1976, 315 ff.; Reich/Tonner/Wegener, Verbraucher und Recht, S. 1 ff.; Simitis, K., Verbraucherschutz Schlagwort oder Rechtsprinzip?, S. 21 ff.

⁴⁸ Vgl. dazu umfassend Wieken, K., Die Organisation der Verbraucherinteressen im internationalen Vergleich, S. 4 ff.; zur Organisation und Tätigkeit der Verbraucherverbände vgl. auch die grundlegende rechtstatsächliche Untersuchung von v. Falckenstein, R., Die Bekämpfung unlauterer Geschäftspraktiken durch Verbraucherverbände, S. 26, 31 ff.; v. Braunschweig, C., Der Konsument und seine Vertretung; Bierwirth, R., Strategie der Verbraucheraufklärung passim.

⁴⁹ Vgl. dazu aber insb. die wissenschaftliche Ausrichtung, aus betriebswirtschaftlicher Sicht, der Arbeiten von Kroeber-Riel und, aus volkswirtschaftlicher Perspektive, die Arbeiten von Scherhorn, jeweils a. a. O., sowie aus der amerikanischen Literatur Katona, G., Das Verhalten der Verbraucher und Unternehmer; ders., Die Macht des Verbrauchers, passim.

Vgl. zu ersterem Tietz, Stichwort „Verhaltensforschung“, S. 2046 ff., und „Verbrauchsforschung“, S. 2039 ff., jeweils mit weiteren Literaturhinweisen. Vgl. in diesem Zusammenhang auch die Tätigkeit der zahlreichen Markt-, Meinungs- und Absatzforschungsinstitute (Allensbach, Infratest, GfK).

⁵⁰ In einer aktuellen Literaturübersicht zum Marketing, vgl. Literaturberater Wirtschaft, Heft 3, 1977, S. 3 ff., wurden rund 85 wirtschaftswissenschaftliche Werke zum Thema Absatzförderung und Marketing aufgeführt. Zum Thema Verbraucherschutz aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht ist das Ausmaß des vorhandenen wissenschaftlichen Materials weit weniger umfangreich; vgl. z. B. die Angaben bei Küng, E., Verbraucherschutz in der Marktwirtschaft, WiSt 1976, 556 ff.; Nieschlag/Dichtl/Hörschgen, S. 537 ff. (560); Finck, G., Bücher zur Verbraucherpolitik, WiSt 1976, 579; vgl. die ersten Ansätze dazu in der interdisziplinären Vorlesungsreihe, Dichtl, E. (Hrsg.), Verbraucherschutz in der Marktwirtschaft. In dem deutschen Standardwerk des Marketing, Nieschlag/Dichtl/Hörschgen, fehlte z. B. noch 1971 (4. Aufl.) ein Kapitel über den Verbraucherschutz. Zur allgemeinen Entwicklung der wirtschaftswissenschaftlichen Verbrauchsforschung vgl. Tietz, Stichwort „Verbrauchsforschung“, S. 2039 ff.; Streissler, S. 33 ff.

und insbesondere von Kaufverträgen aus, denn diese sind die privatrechtlichen Kategorien, in denen sich das Zusammentreffen von Angebot und Nachfrage hinsichtlich der Massengeschäfte des Alltags auf den Konsumgütermärkten zum Ausdruck bringt. Ökonomisch betrachtet wird gerade dieses Zusammentreffen von Angebot und Nachfrage, also die Anbahnung von kaufrechtlichen Verträgen, durch das Konsumgütermarketing⁵¹ der Angebotsseite maßgeblich beeinflusst, so daß hier die prinzipielle ökonomische Schlechterstellung des Verbrauchers besonders zum Tragen kommt. Die im wesentlichen einseitige Konzentration von wirtschaftlichen und geistigen Ressourcen auf seiten der Hersteller und Händler versetzt diese grundsätzlich in die Lage, durch die Verwendung bestimmter Gestaltungsformen der Vertragsanbahnung die gegebenen Marktbedingungen zu ihren Gunsten auszuformen. Die langjährige und interdisziplinär fundierte Entwicklung der modernen Marketingstrategien in Wissenschaft und Praxis hat zu einem ungewöhnlichen Anstieg der Effizienz aller Bemühungen der Anbieter um eine Vertragsanbahnung geführt, dem auf seiten der Nachfrager keine nur annähernd vergleichbare Entwicklung gegenübersteht.⁵² Obwohl das effektive, diskretionäre Einkommen der privaten Haushalte ständig ansteigt,⁵³ besitzt der einzelne Verbraucher, der grundsätzlich als nicht speziell dafür ausgebildeter Laie am Marktgeschehen teilnimmt, regelmäßig weder die geistigen noch die materiellen Voraussetzungen noch häufig die Zeit,⁵⁴ um sich in gleicher Weise wie die Angebotsseite, seiner eigenen Interessenlage entsprechend, möglichst umfassend über das Angebot an Marktleistungen informieren zu können. Die Steuerung des Konsumverhaltens und damit das Zustandekommen von bürgerlich-rechtlichen Verträgen vollzieht sich daher weitgehend unter dem Einfluß der Angebotsseite, die für ihr Verhalten das Verbraucherinteresse regelmäßig nur insoweit zu berücksichtigen gewillt ist, als es mit der Verfolgung ihrer eigenen absatzpolitischen Interessen im Rahmen der Vertragsanbahnung zusammenfällt.⁵⁵

⁵¹ Zu den Besonderheiten des Konsumgütermarketing vgl. bei Tietz, Stichwort „Konsumgütermarketing“, S. 1063 und insb. Kotler, S. 84ff.

Vgl. auch aus juristischer Sicht Reich, N., Markt und Recht, Theorie und Praxis der Wirtschaft in der Bundesrepublik Deutschland, S. 182.

⁵² Ein besonderes Anliegen vieler, die sich um eine Verbesserung der wirtschaftlichen Stellung des Verbrauchers bemühen, ist daher auch der Versuch des Aufbaus einer wirtschaftlichen Gegenmacht zur Angebotsseite, vgl. dazu Reich/Tonner/Wegener, S. 205, 221 ff.; Reich, S. 221. Vgl. in diesem Zusammenhang auch Tietz, Stichwort „Konsumpolitik“, S. 1070.

⁵³ Vgl. Statistisches Jahrbuch 1975, S. 482: von 564 Milliarden 1970 auf 858 Milliarden 1974. In der gleichen Zeit stiegen die Ausgaben für den privaten Verbrauch von 517 auf 753 Milliarden.

⁵⁴ Zur Kritik an den unflexiblen Regelungen der Ladenöffnungszeiten vgl. insb. Jahresgutachten 1976/77 des Sachverständigenrats zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, BT-Drucks. 7/5902, S. 150; vgl. auch die weiteren Hinweise bei Lehmann, M., Wettbewerbsrecht, Strukturpolitik und Mittelstandsschutz, GRUR 1977, 580ff., bei Fußn. 21 und 141.

⁵⁵ Vgl. dazu auch Tietz, Stichwort „Konsumpolitik“, S. 1070. Deutlich wird dies auch dadurch, daß als Reaktion auf den in Europa sich allmählich entfaltenden „Konsumerismus“ und die Verbraucherschutzbewegung viele Unternehmen mit der Einrichtung von internen Ver-

Das marktwirtschaftliche System kennt insoweit keine ökonomischen Mechanismen des natürlichen Ausgleichs der Interessen von Anbietern und Nachfragern, genauso wenig wie man von einer systemimmanenten Harmonie zwischen den unterschiedlichen Einzelpersonlichen, gruppenspezifischen und gesamtwirtschaftlichen Belangen ausgehen kann.⁵⁶ Dem steht die fundamentale Richtigkeit des unse-rem System der Marktwirtschaft zugrundeliegenden Theorems des Preismechanismus und des Marktes⁵⁷ als soziale Institution zum Ausgleich der in bezug auf die Preishöhe regelmäßig divergierenden Interessen von Anbietern und Nachfragern nicht entgegen, nur kann auch das Preissystem nicht die den Interessen der Verbraucher entgegengerichtete Nutzung von zahlreichen, für das Funktionieren unseres Wirtschaftssystems notwendigerweise existenten Freiheitsräumen durch die Angebotsseite verhindern. Auch die Bereitschaft selbst einer großen Mehrheit aller am Wirtschaftsgeschehen Beteiligten, sich in jeder Hinsicht fair den Spielregeln unserer dezentralisierten Wirtschaftsordnung zu unterwerfen, kann die Möglichkeit einer mißbräuchlichen Ausnutzung der erwähnten Freiheitsräume durch eine Minderheit nicht ausschließen.⁵⁸

3.2. Die Notwendigkeit und Legitimation eines privatrechtlichen Schutzes

Mangels ausreichender systemimmanenter wirtschaftlicher Mechanismen verweist daher gerade auch die Wirtschaftswissenschaft zur Verbesserung der Stellung der Verbraucher i. S. einer Verringerung der „manipulativen Beeinflussung“ und des Abbaus der „einseitigen Kommunikationsmacht“ der Angebotsseite auf Kategorien des Rechts: „Als Regulative bieten sich einerseits souveränitätsfördernde gesetzliche Regelungen an, wie z. B. das Wettbewerbs- und Werberecht, Produktionsvorschriften über Sicherheit, Haltbarkeit und Umweltschutz der Waren, Beschränkung der Sendezeit für Werbung in Funk und Fernsehen, andererseits aber auch Maßnahmen der Selbstorganisation der Käufer zur Stärkung der Marktmacht.“⁵⁹ Neben der

braucherabteilungen begonnen haben, vgl. a. a. O., Fußn. 10, Kommission 2, S. 139 ff.; ohne Verfasser, Industriepolitik und Konsumerismus nähern sich an, MA 1977, 562.

⁵⁶ Zur Utopie einer natürlichen Harmonie vgl. besonders deutlich Nieschlag/Dichtl/Hörschgen, S. 549 ff. Aus dem gleichen Grund mußte auch das marktwirtschaftliche Modell des „Laissez faire – laissez aller“ durch das Leitbild einer gesteuerten und kontrollierten sozialen Marktwirtschaft ersetzt werden. Vgl. dazu im Überblick Hedtkamp, G., Wirtschaftssysteme, Theorie und Vergleich, S. 14, 109 ff., und grundlegend Müller-Armack, A., Wirtschaftsordnung und Wirtschaftspolitik. Studien und Konzepte zur sozialen Marktwirtschaft und zur europäischen Integration, S. 19 ff.; Dreier, W., Funktion und Ethos der Konsumwerbung, S. 255 ff., der auch vom Standpunkt der katholischen Sozialethik auf das Sozialstaatsprinzip verweist, um den „mechanistischen Vorgang des Wettbewerbs“ mit sozial- und wirtschaftsethischen Werten aufzufüllen.

⁵⁷ Vgl. dazu aus volkswirtschaftlicher Sicht Stobbe, A., Gesamtwirtschaftliche Theorie, S. 290 ff.

⁵⁸ Vgl. Nieschlag/Dichtl/Hörschgen, S. 543.

⁵⁹ Vgl. Tietz (Heinen), Stichwort „Käufersouveränität“, S. 964 unten; vgl. auch Stobbe, S. 328. Schon bei Adam Smith wurde Recht und Politik nicht mit dem ökonomischen Prinzip

direkten Stärkung der wirtschaftlichen Gegenmacht der Nachfrageseite durch bessere Ausbildung und Information seitens neutraler Dritter,⁶⁰ etwa durch Warentestinstitute sowie durch die aufklärende Arbeit der Verbraucherorganisationen, und neben den Bemühungen der Angebotsseite um eine freiwillige Selbstkontrolle⁶¹, ist daher vor allem die Rechtsordnung dazu aufgerufen, die zur Erhaltung und Verbesserung der Funktionsfähigkeit einer sozialen Marktwirtschaft notwendigen rechtlichen Rahmendaten für das wirtschaftliche Handeln der Beteiligten zu setzen.⁶²

Jedes Bemühen um eine bessere rechtliche Absicherung der wirtschaftlichen Stellung des Verbrauchers gegenüber den akquisitorischen Aktivitäten der Angebotsseite anläßlich der Vertragsanbahnung bekommt somit einen rechtspolitischen Charakter⁶³ und bedarf daher vorab der Offenlegung des der Untersuchung zugrundeliegenden Vorverständnisses.⁶⁴ Im Zusammenhang mit der Anbahnung schuldrecht-

identifiziert, vgl. Mestmäcker, E. J., Die sichtbare Hand des Rechts. Über das Verhältnis von Rechtsordnung und Wirtschaftssystem bei Adam Smith, in Freiheit und Sachzwang, Beiträge zu Ehren von Helmut Schelskys, hrsg. von H. Baier, S. 294 ff., 304:

„Mir scheint diese Kritik zunächst eine Bestätigung für die vertretene These zu sein, daß Adam Smith Recht und Politik nicht mit dem ökonomischen Prinzip identifiziert. Im Gegenteil: die politischen Konflikte, die aus dem Wirtschaftssystem entstehen, lassen sich kaum härter kennzeichnen, als es bei Adam Smith geschieht. Die Gruppen der Bevölkerung, deren Interessen mit denen des Gemeinwesens tendenziell übereinstimmen, sind außerstande, politischen Einfluß auszuüben. Und diejenige Gruppe, die in der Regel politischen Einfluß ausübt – die Unternehmer – machen Interessen geltend, die dem öffentlichen Interesse in der Regel widersprechen. Die Abhilfen, die Adam Smith vorschlägt, lassen erkennen, daß der durch Wettbewerb bewirkte spontane Ausgleich der Interessen über den Markt für den politischen Prozeß nicht gilt. Demgemäß müssen Gesetze und Institutionen geschaffen werden, welche die Vereinbarkeit partikularer Interessen mit den Interessen des Gemeinwesens sicherstellen.“

Vgl. in diesem Zusammenhang auch Mestmäcker, E. J., Wettbewerbsrecht und Privatrecht, AcP 168 (1968) 240 ff.; Steindorff, E., Wirtschaftsordnung und -steuerung durch Privatrecht, in Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen, Festschrift für L. Raiser, S. 621 ff.

⁶⁰ Vgl. dazu auch die Bemühungen der EG, a. a. O., Fußn. 10.

⁶¹ Hier sei etwa auf die Tätigkeit des Deutschen Werberats sowie zahlreicher Verbände hingewiesen, vgl. edition ZAW, Werbung 1976/77, S. 15 ff., sowie z. B. des Arbeitskreises „Gut beraten – zu Hause gekauft e. V.“ zur Verbesserung des Direktvertriebs, vgl. Lehmann, M., Ist der unbestellte Vertreterbesuch gemäß § 1 UWG sittenwidrig?, GRUR 1974 135, sowie insb. auf die Tätigkeiten der Schlichtungsstellen der IHKs, vgl. v. Falckenstein, I, S. 169 f.

⁶² Auch Nieschlag/Dichtl/Hörschgen verweisen in diesem Zusammenhang ausdrücklich auf gesetzliche Regelungen, vgl. a. a. O., S. 551 ff.

⁶³ Vgl. dazu treffend Tilmann, W., Zur Rechtsstellung des Verbrauchers bei Wettbewerbsdelikten, ZHR 141 (1977) 33:

„Jeder Versuch, die privatrechtliche Stellung des Bürgers im Wirtschaftssystem in dem einen oder anderen Punkt zu verstärken, sieht sich rasch grundsätzlichen Fragen gegenüber, die das Verhältnis von Politik und Recht einerseits zu den Zielen und Funktionsbedingungen des Systems Wirtschaft andererseits betreffen, Fragen, die wegen ihres abstrakten Systembezugs ebenso schwierig zu erkennen wie zu beantworten sind.“

⁶⁴ Dazu gehört auch das Vorverständnis für die Politik eines Gesetzes, vgl. Steindorff, E., Politik des Gesetzes als Auslegungsmaßstab im Wirtschaftsrecht, in Festschrift für Karl Lorenz, S. 217 ff.; vgl. grundlegend Esser, I., Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, S. 40 ff.

licher Verträge, insbesondere von Kaufverträgen, sind es vor allem die Grundprinzipien des Sozialstaats⁶⁵ und damit zusammenhängend einer zwar grundsätzlich freien, aber auch sozial verpflichteten Marktwirtschaft, die die Vorbeurteilung von Norm und Sachverhalt⁶⁶ beeinflussen müssen. Das verfassungsrechtlich in Art. 20 Abs. 1 GG niedergelegte Prinzip des Sozialstaats⁶⁷ und die insbesondere dem Stabilitätsgesetz und dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen zu entnehmenden rechtlichen Wertungen der Sicherung des marktwirtschaftlichen Systems verlangen, richtig verstanden, in Berücksichtigung der Erkenntnis des Vorliegens wirtschaftlicher Ungleichheiten den Schutz des sozial und materiell Schwächeren und damit zugleich auch die Schaffung und Absicherung der existenziellen Bedingungen,⁶⁸ die für die Garantie der Möglichkeit einer funktionsgerechten Teilnahme der Verbraucher am Wirtschaftsleben notwendig sind. Insofern das Sozialstaatsprinzip zu einer inhaltlichen Neubestimmung der Privatautonomie und der interessenausgleichenden Funktion des Schuldrechts führt und dabei die wirtschaftlich stärkere Angebotsseite verpflichtet, ihre Interessen nicht einseitig zu Lasten ihrer regelmäßig weniger begüterten und geschäftlich unerfahreneren Marktpartner auf der Nachfrageseite durchzusetzen,⁶⁹ trifft es mit genuinen Postulaten des ökonomischen Systems der Marktwirtschaft zusammen. Auch das wirtschaftstheoretische Modell einer funktionsfähigen Marktwirtschaft geht von dem Grundprinzip einer in der Wirklichkeit zumindest relativ gegebenen Souveränität und Entscheidungsfreiheit der Nachfrager aus. Nur dann können sie die ihnen im wirtschaftlichen Kreislauf zukommenden Steuerungsfunktionen⁷⁰ sinnvoll wahrnehmen. Ausgangspunkt jedes wirtschaftlichen Tuns ist der Versuch der Beseitigung einer Knappheitssituation und

⁶⁵ Zur Bedeutung des Sozialstaatsprinzips im Privatrecht und zur sozialen Aufgabe des Schuldrechts vgl. Esser/Schmidt, Schuldrecht. Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Teilband 1, S. 4 ff.; Bartholomeyczik, H., Äquivalenzprinzip, Waffengleichheit und Gegengewichtsprinzip in der modernen Rechtsentwicklung, AcP 166 (1966) 30 ff.; Steindorff, a. a. O., Fußn. 59; speziell zu Sozialstaatsprinzip und Verbraucherschutz s. Schricker, Unlauterer Wettbewerb und Verbraucherschutz, GRUR Int. 1970, 32 ff. (39); Simitis, S. 162; Reich/Tonner/Wegener, S. 23.

⁶⁶ Vgl. Esser, a. a. O., Fußn. 64.

⁶⁷ Zur verfassungsrechtlichen Entwicklung des Sozialstaatsprinzips, das den Staat verpflichtet, für einen gerechten Ausgleich der sozialen Gegensätze und damit für eine gerechte Sozialordnung zu sorgen, vgl. Leibholz/Rink, Grundgesetzkommentar anhand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 4. Aufl., S. 380 ff.; Maunz, Th., Deutsches Staatsrecht, 18. Aufl., § 11 IV, S. 74 ff.; Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetzkommentar, München, Stand 1977, Bd. II, Art. 20, Anm. 148 ff., 174, 184; Hesse, K., Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, S. 81 ff.; Schramm, Th., Staatsrecht, Bd. 1, S. 184 ff.; Thiele, Einführung in das Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 100 ff.; Badura, P., Wirtschaftsverwaltungsrecht, in: Besonderes Verwaltungsrecht, hrsg. von Ingo v. Münch, 3. Aufl., S. 241 ff.

⁶⁸ Vgl. Esser/Schmidt, S. 5.

⁶⁹ Vgl. a. a. O., unter Hinweis auf BVerfGE 8, 274 (329). Vgl. in diesem Zusammenhang auch Dreier, S. 253 f.

⁷⁰ Eucken, W., Die Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 3. Aufl., S. 163, 241 f., 245; Samuelson, P. A., Volkswirtschaftslehre, Bd. 1., 5. Aufl., S. 85 f.; Stobbe, S. 287 ff., 289; Meyer-Dohm, P., Sozialökonomische Aspekte der Konsumfreiheit. Untersuchungen zur Stellung des Konsumenten in der marktwirtschaftlichen Ordnung, S. 38 f., 269 f.

die Befriedigung der daraus entstehenden ökonomischen Bedarfe. Dies gilt auch für den revidierten Wirtschaftsablauf in einer modernen Industriegesellschaft. Jede ökonomische Tätigkeit muß daher zumindest im Endeffekt sich an den legitimen Belangen der Verbraucher ausrichten.⁷¹ Eine bessere rechtliche Absicherung der auch aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht zur Steuerung und Kontrolle der Angebotsseite notwendigen Wahlfreiheiten der Verbraucher und ein Abbau der Verhandlungsdisparitäten zwischen den Marktpolen des Angebots und der Nachfrage wird auf lange Sicht der Absicherung und Erhaltung dieses dezentralisierten Ordnungssystems dienen, und dies sowohl in seiner wirtschaftlichen als auch gesellschaftlichen Bedeutung. Insoweit kann daher den Überlegungen zur rechtlichen Stärkung der wirtschaftlichen Stellung der Nachfrageseite kein systemüberwindender, sondern im Gegenteil nur ein durch sinnvolle Evolution systemerhaltender und verbessernder Charakter beigemessen werden. Die Verbesserung der Rechtsposition der Verbraucher bei der Vertragsanbahnung liegt, so verstanden, auf der Linie der Bemühungen um den Abbau ökonomisch relevanter Ungleichheiten bei den Transaktionspartnern und dient damit der Anpassung und Weiterentwicklung der durch Rechtspositionen definierten wirtschaftlichen Gegebenheiten in ihrer Realität in Richtung auf die notwendigen Voraussetzungen, die für das Funktionieren eines marktwirtschaftlichen Systems nicht nur in der Theorie, sondern auch in der Praxis gegeben sein müssen.

⁷¹ Vgl. Stobbe zu den Grundannahmen des marktwirtschaftlich-kapitalistischen Systems, S. 289:

„Der private Haushalt bestimmt im Modell der Marktwirtschaft seine Konsumgüterkäufe im Rahmen seines verfügbaren Einkommens gemäß seinen Präferenzen ... Die Präferenzen der Konsumenten sind gegeben, sie werden von ihren Bedürfnissen und ihren Ansichten über eine angemessene Lebensführung bestimmt. Jeder Konsument ist jedoch frei in seinen Entscheidungen über Art und Menge der zu erwerbenden Konsumgüter. Seine monetäre Nachfrage wird lediglich durch sein Einkommen, Möglichkeiten zur Verringerung seines Nettovermögens und die Notwendigkeit der Vorsorge für die Zukunft beschränkt: Es herrscht Konsumentensouveränität. Diese bedeutet nicht nur freie Wahlmöglichkeit zwischen den angebotenen Konsumgütern (freie Konsumwahl). Sie bedeutet auch, daß sich die Produzenten von Konsumgütern nach den Wünschen der Konsumenten richten, wie sie in deren monetärer Nachfrage zum Ausdruck kommen, und daß es keinen Einfluß der Produzenten auf die Präferenzen der Konsumenten gibt. Da die Produktion von Vorleistungen und dauerhaften Produktionsmitteln ihrerseits von der Produktion von Konsumgütern abhängt, ist die Nachfrage nach Produktionsgütern abgeleitete Nachfrage. Obwohl jeder Unternehmer nur produziert, um ein möglichst hohes Einkommen zu erzielen, und nicht etwa, um die Bevölkerung mit Gütern zu versorgen, richtet sich also letztlich die gesamte Güterproduktion einschließlich der Entscheidung über Höhe und Verteilung der Investitionen auf Wirtschaftszweige nach den Wünschen der Konsumenten. Die Unternehmer sind gemäß dieser Sicht lediglich als Beauftragte der Konsumenten tätig. Darin liegt die Rechtfertigung für das ihnen übertragene Privileg, über Güterproduktion und Investition entscheiden und Anweisungen an Arbeitnehmer geben zu dürfen: Diese Entscheidungen werden über die monetäre Nachfrage von den Konsumenten bestimmt und daher in deren Interessen getroffen.“

Zur Kritik aber auch grundsätzlichen Rechtfertigung des marktwirtschaftlichen Systems vgl. a. a. O., S. 276 ff., 287 ff.

4. Die aktuelle Situation der Vertragsanbahnung in Deutschland. Eine rechtstatsächliche Bestandsaufnahme

4.1. Schäden in Milliardenhöhe – Spekulationen oder Realität

Bei einer Verbraucherschaft von gegenwärtig rund 60 Millionen Bürgern werden in Deutschland pro Tag schätzungsweise mehrere hunderttausend kaufrechtlich relevante ökonomische Transaktionen⁷² vorgenommen, deren gewerbsmäßige Anbahnung und Vorbereitung durch Marketingmaßnahmen zweifelsohne in der weit überwiegenden Mehrzahl keinerlei Anlaß zu rechtlichen Beanstandungen geben. Entsprechend einer Umfrage, die im Auftrag der Kommission der Europäischen Gemeinschaften⁷³ durchgeführt wurde, konnten in Deutschland im Jahr 1977 sich z. B. nur 28% der Verbraucher an einen Fall der „Übervorteilung bei einem Kauf“ innerhalb der vorhergegangenen letzten zwei Jahre erinnern,⁷⁴ wobei zudem nicht näher festgestellt werden kann, ob die jeweilige Ursache für diese Unzufriedenheit aus dem Bereich der Vertragsanbahnung oder der vertraglichen Abwicklung und Leistung herrührt.⁷⁵ In den weitaus meisten Fällen der Anbahnung eines Kaufvertrags durch Industrie und Handel fühlt sich der Verbraucher korrekt behandelt, und es kann von einem schädigenden Rechtsverstoß bei der Vorbereitung von Kaufverträgen nicht die Rede sein.

Daß dies aber nicht ausschließlich der Fall ist, beweisen andere Fakten. Am 8. Oktober 1972 hat sich z. B. das Deutsche Fernsehen in seiner Sendereihe „ARD-Ratgeber“ mit den sog. Werbe- oder Kaffeefahrten⁷⁶ befaßt. Dabei wurde folgendes Interview mit einem ehemaligen Verkäufer gesendet, der zehn Jahre lang bei verschiedenen Veranstaltern von Kaffeefahrten tätig gewesen ist:

⁷² Vgl. ZAW-basisdienst vom 13. 12. 1977 (Stellungnahme zur UWG-Novelle). Im Jahr 1975 wurden z. B. insgesamt rund 818 Milliarden für Ausgaben des privaten Verbrauchs in der Bundesrepublik von den Verbrauchern verwendet; s. Statistisches Jahrbuch 1976, S. 490. Vgl. dort auch die Aufteilung der Konsumausgaben auf die verschiedenen Konsumbereiche. Pro Kopf der Bevölkerung wurden dabei schätzungsweise für Werbung im Jahr 1975 über DM 110 von Industrie und Handel ausgegeben; gegenwärtig kann man damit rechnen, daß die Angebotsseite pro Verbraucher rund DM 200 jährlich aufwendet, um ihre Leistungsverwertung am Markt anzubahnen und vorzubereiten; s. oben. Fußn. 7.

⁷³ Vgl. a. a. O., Fußn. 10, Kommission 2, Verbraucherinformation durch die Unternehmen. Bei und nach dem Einkauf. S. 3, Tabelle 6.

⁷⁴ In Großbritannien waren es demgegenüber 47% und in Italien sogar 53% der Verbraucher.

⁷⁵ Ein Großteil von Verbraucherreklamationen in Deutschland berührt erfahrungsgemäß nur das Gewährleistungsrecht, so daß Rechtsverstöße aus dem Bereich des Wettbewerbsrechts nur in 20–25% der rechtstatsächlich untersuchten Fälle als Ursache für derartige Beschwerden festgestellt werden konnten, s. v. Falckenstein, I, Rdz. 42; ders., WRP 1978, 502.

⁷⁶ Zu diesem Begriff vgl. Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 12. Aufl., § 1 UWG, Rdz. 86; Lehmann, Werbung, S. 146, vgl. dort auch die Nachweise der häufig divergierenden wettbewerbsrechtlichen Beurteilung dieser Werbefahrten.

Sprecher: „Wieviel kann man denn so verdienen als Werber?“

Verkäufer: „Im Monat zwischen 8 und 10 000 DM.“

Sprecher: „Ist das ein Spitzengehalt?“

Verkäufer: „Das ist – würde ich sagen – das kann jeder gute Verkäufer verdienen.“

Sprecher: „Wieviel dieser Vertriebsfirmen, die Kaffeefahrten veranstalten, gibt es in der Bundesrepublik?“

Verkäufer: „Also die mir bekannten namhaften Firmen, ca. zehn Stück.“

Sprecher: „Wie hoch schätzen Sie deren Umsätze?“

Verkäufer: „Zwischen 40 und 60 Mill.“

Sprecher: „Insgesamt?“

Verkäufer: „Nein, pro Firma.“

Sprecher: „Pro Firma. Das heißt, man kann sagen, daß pro Jahr mehrere Millionen von Teilnehmern an diesen Kaffeefahrten mitmachen.“

Verkäufer: „Ja, das ist richtig.“

Sprecher: „Halten Sie es für möglich, daß eine der größten Firmen im vergangenen Jahr allein 20 000 Kaffeefahrten veranstaltet hat, mit 840 000 Teilnehmern?“

Verkäufer: „Ja, ich habe versucht, mir das einmal auszurechnen, und dann kommen wir ungefähr gleich.“

Sprecher: „Wie hoch sind denn die Verdienstspannen der Firmen an den Waren, die dann dort verkauft werden?“

Verkäufer: „Die Verdienstspanne beläuft sich zwischen 400 bis 600%.“⁷⁷

Sprecher: „Können Sie Einkaufs- und Verkaufspreise nennen?“

Verkäufer: „Als Beispiel möchte ich benennen die wohlbekannte Heizdecke, die zwischen DM 25 Einkauf liegt und zwischen DM 220 bis 240, manchmal auch DM 260 verkauft wird.“

Sprecher: „Das sind über 1000%.“

Verkäufer: „Über 1000%, richtig.“

Sprecher: „Gibt es überhaupt Waren, die preiswert sind, oder sind alle überteuert?“

Verkäufer: „Ich finde, sie sind alle überteuert.“

Sprecher: „Ein Geschäft kann der Kunde dann nicht machen?“

Verkäufer: „Nein, auf keinen Fall.“

Sprecher: „Würden Sie sagen, daß die Sachen, die Waren sachlich angeboten werden, oder würden Sie sagen, daß hier alle möglichen Tricks versucht werden?“

Verkäufer: „Ja, ich würde sagen, daß wirklich mit der Angst des kleinen Mannes gerechnet wird.“

⁷⁷ (Anmerkung des Verfassers:) Vgl. dazu das Urteil des LG Trier, NJW 1974, 152, das bei einer Spanne von 250–300% den Tatbestand des Wuchers gemäß § 138 Abs. 2 BGB bejaht hat; auch in diesem Fall ging es um einen Kaufvertrag, der während einer Werbeveranstaltung abgeschlossen wurde.

Sprecher: „Können sie uns so ein paar Tricks nennen?“

Verkäufer: „Gesundheit, z. B. auch bei der Decke werden verschiedene Krankheiten genannt. Sie soll man mit der Decke heilen können.“

Sprecher: „Ich habe mal bei einer Kaffeefahrt erlebt, daß eine Heizsonne – eine Höhensonne – verkauft wurde, die 28 Krankheiten heilen soll.“

Verkäufer: „Wie gesagt, das ist einer der Tricks, würde ich sagen, das ist schon kriminell.“

Sprecher: „Warum haben Sie überhaupt diese Art der Tätigkeit aufgegeben?“

Verkäufer: „Ja, mir lag's nicht mehr, ich hatte keine Lust mehr, die kleinen Rentner, die uns ja meistens besuchen, zu betrügen.“

Sprecher: „Und Sie würden sagen, diese Firmen sind sehr häufig darauf aus, kleine Leute, alte Leute zu betrügen?“

Verkäufer: „Nur. Das Ganze ist nur darauf aus. Man wird so geschult und so erzogen. Man wird praktisch dazu gezwungen!“⁷⁸

Damit soll hier nicht eine bestimmte Vertriebsform an den Pranger gestellt werden; zweifelsohne gibt es auch seriöse Veranstalter von Werbefahrten, aber es zeigt sich, daß gewisse Methoden der Vertragsanbahnung nicht kritiklos hingenommen werden können. Dies gilt bei weitem nicht nur für Kaffeefahrten.⁷⁹

Eine anhand der Durchsicht und Beurteilung von Werbeanzeigen in deutschen und englischen Publikumszeitschriften vorgenommene Untersuchung des Kölner Instituts für angewandte Verbraucherforschung über „Werbeaussagen und Wirklichkeit“ hat im Jahr 1975 in der Öffentlichkeit Aufsehen und zu Recht zum Teil auch scharfe Kritik erregt. Diese Untersuchung kam zu dem Ergebnis, daß 46% aller deutschen Werbeanzeigen übertriebene Versprechungen enthalten, 6% zweideutige Aussagen machen, in weiteren 6% wesentliche Informationen weggelassen und in 7% der Fälle Informationen täuschend dargeboten wurden; nur 35% aller Anzeigen wurden als nicht zu beanstanden eingestuft.⁸⁰ Wegen der Nichtberück-

⁷⁸ Vgl. auch Schwarzbuch über Kaffeefahrten, hrsg. von der Hauptgemeinschaft des deutschen Einzelhandels, S. 3, 4.

Dort wird z. B. der Umsatz, der aufgrund aller unlauteren Werbemethoden pro Jahr erzielt wird, auf 3,5–4 Milliarden (im Jahr 1971) geschätzt. Vgl. dazu auch Kisseler, WRP 1971, 254.

Daß die offensichtlich immer noch gewinnbringende Ära der Kaffeefahrten noch nicht zu Ende gegangen ist, zeigt der Zeitungsbericht von Roggenkamp, V., Bei Walzer und Foxtrott klingeln die Kassen. Teure Kaffeefahrten für Rentner, in Die Zeit vom 15. 9. 1978, S. 61; dort wird der Jahresumsatz der 23 Mitgliedsfirmen des Bundesverbands deutscher Vertriebsfirmen im Jahr 1975 mit rund 100 Millionen DM angegeben.“

⁷⁹ Vgl. dazu umfassend die rechtstatsächlichen Untersuchungen über die sog. Haustürgeschäfte, Schade, J., Geschäfte an der Haustür durch unbestellte Vertreter, S. 34ff.; v. Falckenstein, I, Rdz. 40ff.

⁸⁰ Vgl. Irreführende Werbung in Publikumszeitschriften, Untersuchung des Instituts für angewandte Verbraucherforschung, passim.

S. dazu die verschiedenen Stellungnahmen, etwa von ZAW und AgV, zusammenfassend kritisch Kroeber-Riel, Schattenboxen der Funktionäre, in Wirtschaftswoche vom 12. 12. 1975 (Nr. 51) S. 50ff., sowie, ihm in einer Apologie antwortend, Scherhorn, Angriff mit Aplomb, in

sichtigung der wettbewerbsrechtlichen Kriterien zur Bestimmung des Vorliegens von irreführender Werbung gemäß § 3 UWG⁸¹ kann freilich trotz der angegebenen Beurteilung der überprüften Werbeanzeigen anhand von „Richtlinien, die sich die Werbewirtschaft selbst gegeben hat“, dieser Untersuchung nur eine ganz geringe rechtstatsächliche Bedeutung beigemessen werden; ihr Ergebnis wird zu sehr von der äußerst kritischen persönlichen Einstellung der Bearbeiter gegenüber der Wirtschaftswerbung verzerrt.

Gleichwohl hatte diese Veröffentlichung auf die allgemeine Diskussion nachhaltigen Einfluß: Seit dieser Zeit geistern Zahlen in Milliardenhöhe über angebliche Verluste bzw. Schäden der Verbraucher infolge von falschen Kaufentscheidungen durch fehlerhafte Informationen seitens der Wirtschaftswerbung umher. Die Arbeitsgemeinschaft der Verbraucher ließ z. B. in ihrer Zeitschrift verbraucher-rundschau vom April 1975 in einer Überschrift im Zusammenhang mit der vorstehend erwähnten Untersuchung verlauten: „Wenn Werbung nicht klar informiert: Milliardenverluste durch falsche Kaufentscheidungen.“ Von anderer Seite wiederum dementierte oder korrigierte man derartige Zahlen. Die Frankfurter Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs⁸² etwa hat Berichte dementiert, nach denen sie von „Verbraucherschäden in Milliardenhöhe“ infolge unlauterer Werbung ausgegangen sein soll; es handle sich dabei hauptsächlich um Umsatzverlagerungen infolge irreführender Werbemaßnahmen.⁸³ Andererseits hat sie aber auch mitgeteilt, daß man „nüchtern erkennen müsse“, daß der Anteil der unlauteren Werbung an dem gesamten Werbegeschehen etwa 2–4% betrage und daß auch in entsprechender Höhe der Absatz von Produkten und Leistungen durch unlautere Werbung beeinflußt werde.⁸⁴

Wirtschaftswoche vom 9. 1. 1976 (Nr. 2) S. 33 ff.; vgl. auch verbraucher-rundschau, Heft 4, 1975.

Diese Untersuchung krankt daran, daß sie nicht ermittelte, ob die überprüften Werbeanzeigen die Verbraucher tatsächlich irreführen, sondern dieses Urteil einfach vier „Experten“ überantwortete; bei dieser Beurteilung wurden dann die Aussagen der Werbung allzu wörtlich genommen.

⁸¹ S. dazu Ulmer/Reimer, S. 370 ff.; Baumbach/Hefermehl, § 3 UWG, Rdz. 21 ff.; Schriker/Lehmann, Werbung/Unlauterer Wettbewerb, in Handbuch des Verbraucherrechts, Rdz. 21 ff.

⁸² Der größte und aktivste gewerbliche Verband zur Wahrung des lautereren Wettbewerbs (Wettbewerbsverein); zu dessen Tätigkeit s. v. Falckenstein, I, Rdz. 205 ff.

⁸³ Vgl. dazu „Soziologen als Werbeberater?“, in WRP 1975, 187; Handelsblatt vom 21. 1. 1976, S. 4; Keine Schäden in Höhe von „Milliarden“.

Auch reine Umsatzverlagerungen beinhalten aber zumindest einen volkswirtschaftlichen Allokationsschaden, der sich negativ auf den Wettbewerb auswirkt; nicht der lauter agierende Wettbewerber konnte eine Leistungsverwertung am Markt durchführen, sondern der unlautere. Dieser erhält dadurch einen wegen eines Wettbewerbsverstößes rechtswidrigen Wettbewerbsvorteil; dies ist ein volkswirtschaftlich unerwünschter Effekt, denn nur derjenige, der sich an die rechtlich fixierten Spielregeln der sozialen Marktwirtschaft hält, soll dafür auch ökonomisch belohnt werden.

⁸⁴ Vgl. die Stellungnahme der Zentrale, WRP 1975, 187; für das Jahr 1976 hat die Hauptgemeinschaft des deutschen Einzelhandels eine Zahl von mehr als 2000 Verstößen gegen das

Genaue Angaben über die Höhe und die Art der Schäden, die sich aufgrund unlauterer Werbung pro Jahr ergeben, lassen sich freilich aus diesen Aussagen nicht deduzieren; sie beruhen offensichtlich auf Schätzungen und sind demgemäß „über den Daumen gepeilt“. Insbesondere wäre es falsch, in Verbindung mit der jährlich genau festgestellten volkswirtschaftlichen Konsumsumme, etwa anhand der Ausgaben für den privaten Verbrauch (1975: 818,03 Milliarden DM),⁸⁵ eine Aussage in den Raum stellen zu wollen, die etwa lauten könnte, jährlich wäre durchschnittlich bei einem Absatzvolumen von ca. 16 Milliarden DM (rd. 2%) unlautere Werbung in irgendeiner Weise mit im Spiel. Dafür sind die genannten statistischen Angaben zu ungenau und undifferenziert, und es fehlt die notwendige Feststellung eines Bedingungszusammenhangs zwischen einem Rechtsverstoß bei der Vertragsanbahnung und einer Schädigung der Nachfrageseite. Andererseits geben diese Daten zumindest hinsichtlich der Größenordnung, in der wir uns bewegen, einen ersten Eindruck, so daß man feststellen muß, daß es sich bei der Zahl und der volkswirtschaftlichen Dimension der Rechtsverstöße anlässlich der Anbahnung von Verträgen keineswegs nur um eine *quantité négligeable* handelt.⁸⁶

In einem deutlichen Kontrast dazu stehen Aussagen, die insbesondere die Entstehung eines Schadens bei den Nachfragern durch Maßnahmen der Werbung, etwa durch irreführende Werbeangaben, als völlig unbewiesene Behauptungen abtun wollen. Der Zentralausschuß der Werbewirtschaft e. V. äußerte z. B. in seinem Diskussionspapier zur Werberechtspolitik:⁸⁷ Ausgangspunkt vieler verbraucherpolitischer Vorschläge sei die Behauptung, durch irreführende Werbung entstünden den Verbrauchern jährliche Schäden in Milliardenhöhe. „Das aber sind unbewiesene Behauptungen. Denn unlautere und irreführende Werbemaßnahmen gehen in erster Linie zu Lasten der Konkurrenten.“⁸⁸ Auch andere Autoren bezweifeln, daß gegenwärtig eine praktische Notwendigkeit dafür bestehe, daß die zivilrechtliche Situation der Nachfrageseite im Hinblick auf die modernen Vertragsanbahnungsmetho-

UWG angegeben, die ihr konkret zur Kenntnis gekommen sind; vgl. Handelsblatt vom 22. 6. 1977, S. 16; s. auch die Angaben bei v. Falckenstein, I, Rdz. 205.

⁸⁵ Statistisches Jahrbuch 1976, S. 490.

⁸⁶ Vgl. in diesem Zusammenhang auch einen völlig anderen Ansatz, der von U. Beier, Hamburg, mit seiner Analyse von „entscheidungsbedingten Kaufkraftverlusten“ infolge mangelnder Marktkenntnis bzw. Transparenz erarbeitet worden ist; s. Entscheidungsbedingte Kaufkraftverluste: Formen, Umfang und verbraucherpolitische Relevanz, sowie in ZVP 1978, 159 ff., mit Kommentar von G. Scherhorn; ders., Zum Einfluß beschränkter Markttransparenz auf die Kaufentscheidung der Privathaushalte, Universität Hamburg, Bericht Nr. 0611/10 (1977); ders., Vergleichende Warenteste, Aufgaben, Ergebnisse und Möglichkeiten, in FORUM WARE – Wissenschaft und Praxis 5 (1977) Nr. 3–4, S. 137 ff.; ders., Kaufkraftverluste durch Fehlkäufe, in der verbraucher, Heft 4, 1977, S. 8 ff.; SZ 18. 1. 1978, S. 18: „Milliarden aus dem Fenster geworfen“. Beier wendet sich zu Recht vor allem dagegen, daß von den Verbrauchern der Preis einer Ware als Indikator für deren Güte herangezogen wird; dadurch würden zu viele „Fehlkäufe“ bewirkt.

⁸⁷ Hrsg. vom ZAW, S. 24; vgl. auch ZAW-service, 61–62/78, S. 16; Handelsblatt vom 14. 12. 1977, S. 17: Rechtsreform maßvoll, aber überflüssig.

⁸⁸ S. a. a. O.

den des Marketing verbessert werden müsse.⁸⁹ So äußerte z. B. auch Schricker noch im Jahr 1972: „Hinter dem Nachdruck, mit dem die Forderung nach Verbraucherschutz erhoben wird, bleibt die Basis von Erfahrungen und verlässlichen Daten weit zurück. . . . Solange Arbeiten von geeigneter Zielsetzung fehlen und die Kommunikation zwischen den Disziplinen mangelt, wird die Diskussion um den Konsumentenschutz spekulative Züge tragen.“⁹⁰

4.2. Die rechtstatsächlichen Untersuchungen des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Patent-, Urheber- und Wettbewerbsrecht

4.2.1. Die Verbraucherverbandsklage

In Kenntnis dieses rechtstatsächlichen Vakuums und unter Berücksichtigung der sog. „Westerländer Beschlüsse“ der vom Bundesministerium der Justiz eingesetzten „Kommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität“ sowie der Empfehlungen des Verbraucherbeirats, die beide einen ganzen Katalog von vor allem zivilrechtlichen Maßnahmen zur Verbesserung des Verbraucherschutzes vorgeschlagen haben,⁹¹ wurden auf Anregung des Justizministeriums vom Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Patent-, Urheber- und Wettbewerbsrecht, beginnend im Jahr 1973, erste Schritte dazu unternommen, um etwas mehr Licht in dieses erfahrungswissenschaftliche Dunkel der Vertragsanbahnung zu bringen. Rund zehn Jahre nach Einführung der wettbewerbsrechtlichen Verbraucherverbandsklage sollte als erstes untersucht werden, ob und wie dieser Rechtsbehelf der Verbraucherverbandsklage sich in der Praxis bewährt hat.

R. v. Falckenstein⁹² hat bei dieser Untersuchung nicht nur wichtige Informationen

⁸⁹ Lindenmeyer/Henseler, WRP 1978, 89; Löhr, H. W., MA 1978, 120; Wronka, G., Werberechtsreform und Verbraucherschutz, UFITA 80 (1977) 222; Schneider, H., Wirtschaftsdienst 1975, 444; Micheli, H.-D., GRUR 1979, 8 ff.

Vgl. auch die Angabe bei v. Falckenstein, II, Rdz. 5, Fußn. 7.

⁹⁰ Schricker, G., Wettbewerbsrecht und Verbraucherschutz. Eine Darstellung des geltenden deutschen Rechts mit vergleichenden Anmerkungen, RabelsZ 36 (1972) 315 ff. (316). S. auch Dichtl, E., Die Beweisnot der Verbraucherschützer, Wirtschaftsdienst 1975, 440 ff.

⁹¹ Abgedruckt in Diskussionspapier zur Werberechtspolitik, a. a. O., Fußn. 87, S. 148 ff., vgl. dort auch die Stellungnahme des ZAW zu diesen Beschlüssen, S. 18 ff., sowie de With, H., Vereinheitlichung des Wettbewerbsrechts in der EWG und Verbraucherschutz, GRUR Int. 1976, 337 ff.

Vgl. zu diesen Vorschlägen auch die Referate von Schricker, G., Möglichkeiten zur Verbesserung des Schutzes der Verbraucher und des funktionsfähigen Wettbewerbs im Recht des unlauteren Wettbewerbs, ZHR 139 (1975) 208 ff.; Mertens, H.-J., Kollektivrechtlicher Schadensersatz als Mittel des Verbraucherschutzes, ZHR 139 (1975) 438 ff.

⁹² Vgl. v. Falckenstein, R., Die Bekämpfung unlauterer Geschäftspraktiken durch Verbraucherverbände. Verbraucherreklamationen – Verbandsklage – Haftung der Verbände; ders., Praktische Erfahrungen mit der Verbraucherverbandsklage in Deutschland, ZVP 1977, 172 ff.; ders., Verbraucherverbandsklage, Schädigungen der Konsumenten und UWG-Novelle, WRP 1978, 502 ff.; vgl. auch die Vorstudie zu dieser Untersuchung, v. Falckenstein, Wettbewerbs-

über die Tätigkeit der Verbraucherverbände und die praktische Handhabung der Verbraucherverbandsklage zusammengetragen, sondern auch durch die statistische Erfassung und Kategorisierung der Reklamationen der Verbraucher bei den verschiedenen Verbraucherverbänden ein erstes erfahrungswissenschaftlich ermitteltes Situationsbild der gewerblichen Vertragsanbahnung in Deutschland erstellt.⁹³ Verständlicherweise können hier nur einige wenige Ergebnisse dieser umfangreichen Erhebung, die für Deutschland eine Art Pilotstudie⁹⁴ der gewerblichen Vertragsanbahnung darstellt, wiedergegeben werden; deswegen soll hier im wesentlichen nur auf diejenigen Erkenntnisse dieser wettbewerbsrechtlichen Untersuchung eingegangen werden, die zugleich auch von bürgerlich-rechtlicher Relevanz sind. Spezielle bürgerlich-rechtliche Fragen wurden bei dieser rechtstatsächlichen Erhebung zwar prinzipiell vom Untersuchungsgegenstand her von vornherein ausgeklammert, jedoch war es wegen der sachlichen Nähe der angesprochenen Problemkreise gar nicht auszuschließen, daß sich zugleich mit bestimmten wettbewerbsrechtlichen zumindest auch einige grundsätzliche bürgerlich-rechtliche „Entdeckungen“ ergeben mußten.

In diesem Zusammenhang überrascht als erstes, daß von den rund 70000–80000 Verbraucherreklamationen, die etwa im Jahr 1975 bei bestimmten Verbraucherschutzorganisationen einschließlich des Verbraucherschutzvereines eingegangen sind, der weitaus größte Anteil reine Gewährleistungsfälle (Schlechtleistungen) aufgrund von Kauf-, Dienst- oder Werkverträgen betrifft.⁹⁵ Der Anteil der Reklamationen, dessen Schwerpunkt wettbewerbswidrige Werbemethoden, also zum Teil auch Rechtsverstöße bei der Vertragsanbahnung von Kaufverträgen, darstellen, lag demgegenüber nur bei 20–25% aller Reklamationen.

Seine wettbewerbsrechtlichen Erkenntnisse zusammenfassend, bemerkt v. Falkenstein, die wettbewerbsrechtliche mit der bürgerlich-rechtlichen Situation vergleichend, daß aus der Sicht der Verbraucherverbände versucht werden müßte, einerseits dem Verbraucher sofortige Remedur, nämlich Freistellung vom Vertrag zu verschaffen, andererseits mit Hilfe wettbewerbsrechtlicher Schritte aber auch, das streitbefangene Verhalten insgesamt anzugreifen. Hinderlich ist dabei jedoch, daß es an einer gemeinsamen Rechtsgrundlage für dieses doppelte Vorgehen fehlt, weil an den Wettbewerbsverstoß nicht unmittelbar delikts- oder vertragsrechtliche Auswirkungen zugunsten des Einzelverbrauchers angeknüpft werden können; infolgedessen kann nur versucht werden, in jedem Einzelfall den Wettbewerbsverstoß

rechtlicher Verbraucherschutz in der Praxis. Statistische Bestandsaufnahme – notwendige Verbesserungen, in *Mitarbeiterfestschrift für E. Ulmer*, S. 307 ff.

Diese rechtstatsächlichen Untersuchungen wurden unter der Leitung von G. Schricker durchgeführt.

⁹³ v. Falkenstein, I, Rdz. 40 ff., 73 ff.

⁹⁴ Vgl. zu anderen juristisch-empirischen Untersuchungsansätzen: *Empirische Rechtssoziologie*, hrsg. von E. Blankenburg, S. 7 ff.

⁹⁵ v. Falkenstein, I, Rdz. 42; ders., WRP 1978, 502. Dieses Ergebnis deckt sich auch mit Erfahrungen der Schlichtungsstellen der Industrie- und Handelskammern.

in das lückenhafte und dem Verbraucherschutz inadäquate System des Anfechtungs-, Gewährleistungs- und Deliktsrecht des BGB einzupassen.⁹⁶

Es ergab sich bei dieser Untersuchung, daß die Nachfrageseite durch bestimmte Formen der Vertragsanbahnung besonders gefährdet wird, ex post unerwünschte Kaufgeschäfte abzuschließen, und daß das nachträgliche „Freikommen vom Vertrag“, obwohl dies das Hauptanliegen der meisten Verbraucher in solchen Fällen ist, sich in der Praxis zumeist keineswegs unkompliziert gestaltet. Viele Anbieter weisen offenbar aufgrund einschlägiger, für sie positiver Erfahrung auch bei einem Vorwurf einer wettbewerbswidrigen Vertragsanbahnung seitens eines Käufers oder eines Verbraucherverbands auf den bürgerlich-rechtlichen Grundsatz „Vertrag sei Vertrag“ („pacta sunt servanda“) hin und zeigen sich in der Regel für eine unkomplizierte Stornierung von Aufträgen keineswegs immer aufgeschlossen.⁹⁷ Besonders anschaulich wird dies durch folgenden äußerst geschickt psychologisch-suggestiv aufgemachten und auf die Rechtsunkenntnis des „Normalverbrauchers“ aufbauenden Vordruck dargetan, der über längere Zeit hinweg von einem Unternehmen verwendet wurde, das im Direktvertrieb (Haustürgeschäfte) Elektroheizöfen häufig mit falschen Angaben über die Heizleistung bzw. über den Stromverbrauch in der ganzen Bundesrepublik absetzte:⁹⁸

⁹⁶ v. Falckenstein, I, Rdz. 235. Ein wichtiger Grund dafür ist jedoch auch, daß die meisten Verbraucherorganisationen durch das Rechtsberatungsgesetz gerade bei bürgerlich-rechtlichen Fragen gehindert sind, Rechtsauskünfte zu erteilen oder im Auftrag eines einzelnen Verbrauchers rechtliche Schritte zu unternehmen; vgl. a. a. O., Rdz. 46; vgl. auch Jaschick/Sangenstedt, Wie steht es um den Verbraucherschutz?, Wirtschaftsdienst 1975, 439.

⁹⁷ Jaschick, J. M., Verbraucher legen eine lange Wunschliste vor, Handelsblatt 31. 12. 1976, S. 8:

„Gebundenheit an den rechtswidrigen Vertrag:

Einen für den Verbraucher äußerst unbefriedigenden Zustand gilt es im Bereich der irreführenden Werbung zu beseitigen: So ist ein Konsument, der sich aufgrund einer irreführenden oder unlauteren Werbemaßnahme zu einem Vertrag verleiten läßt, im allgemeinen trotz der Rechtswidrigkeit des Anbieterverhaltens an diesen Vertrag gebunden; und einen Ausgleich für einen entstandenen Schaden kann er ebenfalls nicht geltend machen.

Es ist einfach ein Unding, von einer anzustrebenden Gleichberechtigung des Verbrauchers am Markt zu sprechen, ohne ihm die entsprechenden Rechte einzuräumen. Hier müssen durch gesetzliche Regelungen die Voraussetzungen dafür geschaffen werden, daß die Konsumenten besser geschützt werden. Als Stichwort mögen genügen: Vertragsauflösungsrecht, Schadensersatzansprüche, Berichtigungsansprüche in den Medien und Beweislastumkehr.“

Vgl. auch v. Falckenstein, I, Rdz. 92, 152; ders., WRP 1978, 511. Die Hauptgemeinschaft des deutschen Einzelhandels weist allerdings hinsichtlich von Gewährleistungsansprüchen darauf hin, daß häufig strittige Fälle unabhängig von der Rechtslage im Wege der Kulanz bereinigt würden; genaueres Zahlenmaterial gibt sie allerdings dazu nicht an, noch zeigt sie auf, worauf diese ihre Erfahrungen beruhen; vgl. Handelsblatt 24. 7. 1978, S. 9. Rechtstatsächliche Ermittlungen ergeben, daß auch bei Einschaltung eines Verbraucherverbands nur in 10% aller Reklamationen tatsächlich eine Stornierung durchgesetzt werden könnte; s. v. Falckenstein, WRP 1978, 504.

⁹⁸ Beim Verbraucherschutzverein Berlin gingen deswegen 1973 ca. 60 verschiedene Reklamationen aus der ganzen Bundesrepublik ein; zumeist hat ein unbestellter Vertreter sich durch ein Geschenk („Bremer Kaffee“) Zugang und Vertrauen bei potentiellen Kunden verschafft

„Sehr geehrter Kunde!

Vor mir liegt Ihre Bestellung mit Ihrer Unterschrift. Und damit steht fest: Vertrag ist Vertrag. Es gibt also nicht den geringsten Zweifel an unserer Forderung. Was Sie auch einwenden mögen: Unterschrift bleibt Unterschrift!

Jeder Richter wird Ihnen sagen: Wenn jeder so wie Sie verführe, gäbe es bald nirgends mehr Vertrauen im Geschäftsleben, der Willkür wären Tür und Tor geöffnet.

Sie haben sich zur Abnahme unseres E-OFEN verpflichtet, ohne daß Sie jemand überredet hat. Sie kannten alle Lieferungs- und Zahlungsbedingungen genau und vorher. Sie bekommen, was Sie bestellt haben. Von einer Ansichtssendung oder einem Rückgaberecht war niemals die Rede. Es stand auch von vornherein fest, für welche Dauer Ihre Verpflichtung galt und wann und wie Sie gegebenenfalls kündigen könnten.

Aus diesen Gründen gibt es überhaupt keine Zweifel, daß Sie zur Zahlung des Betrags verpflichtet sind. Und noch mehr: Weil wir Sie bisher schon mehrfach mahnten, Sie jedoch nicht bezahlten, kommen diese Kosten noch hinzu. Nicht nur die üblichen Mahnspesen. Sondern alle tatsächlichen Kosten, die Sie durch Ihr Verhalten verursacht haben, müssen Sie bezahlen.

Und wenn Sie jetzt den E-Ofen nicht abnehmen, kommen noch die Kosten für den Zahlungsbefehl – die Gebühren unseres Rechtsanwalts – Spesen für einen eventuellen Widerspruch – die Kosten der Gerichtsverhandlung – die Gerichtskosten für die Ausfertigung des Urteils – die Vollstreckungskosten – Gebühren und Kosten des Gerichtsvollziehers dazu!

Wollen Sie sich wirklich alle diese Kosten, die mit Zinsen und Zinseszinsen Ihre Schuld sehr rasch mehr als verdoppeln, aufladen – und dazu noch den Ärger mit Gericht, Rechtsanwälten und Gerichtsvollziehern, die sehr unangenehm zu Ihnen sein können?

Noch einmal mache ich Ihnen meinen letzten entgegenkommenden Vorschlag: Geben Sie uns binnen 10 Tagen Bescheid, wann Sie den E-Ofen abnehmen. Und wir werden ausnahmsweise den bereits gegen Sie vorbereiteten Zahlungsbefehl nicht bei Gericht einreichen.

Sollten Sie das Gerät nicht abnehmen, wird Ihnen jeder Richter sagen: Sie sind böswillig. Kein Richter wird Ihnen, egal was Sie auch vorbringen sollten, noch glauben.

Jeder Richter wird uns Recht geben, daß wir – auf Grund Ihrer Böswilligkeit! – die dadurch uns verursachten Kosten in voller Höhe fordern. Und jeder Richter wird Sie zur Bezahlung des von Ihnen bestellten Programms für die volle Vertragslaufzeit verurteilen. Die Gerichts- und sonstigen Spesen wird Ihnen das Gericht noch zusätzlich auferlegen zu zahlen.

Wenn Sie dann nicht postwendend nach dem Urteil zahlen, kann Sie der Gerichtsvollzieher pfänden. Zu jeder Gelegenheit. An jedem Ort. Bei jedem Arbeitgeber. Das läßt sich nur schwer vor neugierigen Nachbarn und Arbeitskollegen verheimlichen. Sie können sich also selbst ausrechnen, welche Folgen das für Ihr Ansehen, Ihren Beruf und Ihr Fortkommen hat.

Es hängt nur von Ihnen ab, wie weit Sie es noch treiben wollen. Davonkommen Sie uns in keinem Fall. Ihre Schulden werden durch Kosten und Zinsen nur noch größer. Überlegen Sie es sich:

Noch haben Sie 10 Tage Zeit.

Hochachtungsvoll
– Auslieferungswerk –“

Als das wesentliche Anliegen, mit dem sich die einzelnen Verbraucher an die Verbraucherorganisationen wenden, kristallisierte sich wegen des oft hartnäckigen Festhaltens der Angebotsseite an auch mit rechtswidrigen Methoden abgeahnten

und dann gewisse „Elektro-Öfen“ als eine „Raum-Vollheizung“ angepriesen; die Geräte kosteten zwischen DM 300 u. 400; in Wirklichkeit handelte es sich um nichts anderes als einen üblichen Heizlüfter, der zudem noch außergewöhnlich viel Strom verbrauchte.

Verträgen das Stornierungsbegehren heraus. Hier zeigt sich deutlich, daß es begreiflicherweise dem einzelnen Verbraucher zuallererst um die Verfolgung seiner eigenen Interessen geht; er will von einer von ihm unerwünschten vertraglichen Verpflichtung wieder loskommen. Die wettbewerbsrechtliche Unterlassungsklage eines Verbraucherverbands, dessen Sachbefugnis aus § 13 Abs. 1a UWG resultiert, kann jedoch nur künftige unlautere Wettbewerbsmethoden unterbinden bzw. zu unterbinden versuchen; dem einzelnen Verbraucher hilft sie nicht aus dem Vertrag.

v. Falckenstein⁹⁹ berichtet dazu, daß daraus für die Verbraucherverbände ein Dilemma in der Aufgabenstellung herrührt, einerseits zuerst und vor allen Dingen zugunsten des Beschwerdeführers die *Freistellung vom Vertrag* durchsetzen zu müssen, andererseits aber nicht gegen das Rechtsberatungsgesetz zu verstoßen.

„Die Situation wird diesbezüglich von einem eigenartigen Widerspruch gekennzeichnet: Diejenigen Verbände, die die rechtlichen Interessen der Verbraucher durch Erhebung von Unterlassungsklagen wahrnehmen wollen, dürfen dies nur, wenn sie auch in der Beratung der Verbraucher tätig sind; rechtliche Beratung ist ihnen aber andererseits verboten. . . .

Im ganzen ergibt sich die nicht nur dem Gerechtigkeitsempfinden des Bürgers, sondern auch dem Funktionswandel des UWG zuwiderlaufende unbefriedigende Situation, daß die Verbände zwar gerichtlich Wettbewerbsverstöße feststellen und verbieten lassen können, die in Form von Vertragsabschlüssen zu einer Schädigung von Verbrauchern geführt haben. Der betroffene Kunde erlangt jedoch hinsichtlich seiner eigenen Reklamation kein Remedium; er kann sich allenfalls damit trösten, daß in Zukunft andere Verbraucher vor weiteren Wettbewerbsverstößen derselben Art und desselben Gewerbetreibenden bewahrt bleiben werden.

Die Verbände versuchen, diese in der Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs bestehende Schutzlücke dadurch zu schließen, daß sie zugleich mit der Rüge des Wettbewerbsverstößes versuchen, den Gewerbetreibenden unter Hinweis auf die Wettbewerbswidrigkeit zu einer *Freistellung des Kunden vom Vertrag auf dem Kulanzwege* zu bewegen. Die Verbände tun dies, wie erwähnt, in großem Umfang und haben damit auch einigen Erfolg. Sie bewegen sich dabei jedoch weitgehend im rechtsfreien Raum und können nicht etwa das schlagkräftige Argument einsetzen, daß Einzelverträge, die durch unlautere Machenschaften zustande gebracht wurden, zivilrechtlich nicht durchgesetzt werden können.“¹⁰⁰

Zusammenfassend zeigte sich, daß rechtliche Schutzlücken zu Lasten der von den Vertragsanbahnungsaktivitäten betroffenen Nachfrager im wesentlichen nicht auf dem Gebiet des materiellen Wettbewerbsrechts als vielmehr im Hinblick auf die praktische Rechtsdurchsetzung und wettbewerbsrechtliche Sanktionsseite existieren.¹⁰¹ Die Verbraucherverbände befinden sich trotz ihres Klagerechts gemäß § 13 Abs. 1a UWG in der zwiespältigen Lage, daß ihnen zwar ein für die Zukunft wirksamer wettbewerbsrechtlicher Unterlassungsanspruch zusteht, sie aber dem einzelnen Verbraucher, der durch unlautere Vertragsanbahnungsmethoden zum Abschluß eines Kaufvertrags verleitet worden ist, nicht von seinen zivilrechtlichen Verpflichtungen befreien können. Die Wirksamkeit eines sogar unter Verstoß gegen ein gerichtliches Unterlassungsgebot angebahnten bürgerlich-rechtlichen Vertrags

⁹⁹ v. Falckenstein, I, Rdz. 89 ff.; ders., II, Rdz. 132; ders., ZVP 2977, 177 (Unterstreichungen vom Verfasser).

¹⁰⁰ S. unten Einzelheiten zum Problem der Freistellung im Kulanzwege.

¹⁰¹ v. Falckenstein, I, Rdz. 234; ders., ZVP 1977, 182.

bleibt grundsätzlich von diesem Wettbewerbsverstoß unberührt. „Allenfalls das Widerrufsrecht nach dem Abzahlungsgesetz in einschlägigen Fällen, kaum aber die sonstigen bürgerlich-rechtlichen Behelfe bieten eine rechtliche Handhabe, sich von einem solchen Vertrag zu lösen. Nur hieran ist der betroffene Konsument interessiert; eine künftige Abwehr ist für ihn als bereits Geschädigten nutzlos. ... Hier zeigt sich eine Schutzlücke zu Lasten der von Unlauterkeiten betroffenen Abnehmer. Bürgerlich-rechtliche Behelfe erfassen den vorvertraglichen Bereich überhaupt nicht oder sind in ihren Anforderungen zu streng; sie können deshalb in den in dieser Untersuchung auch registrierten Massenfällen kaum praktikabel sein.“¹⁰²

4.2.2. Verbraucherschäden durch unlauteren Wettbewerb

In einer zweiten, anschließend an die vorstehend erörterte rechtstatsächliche Erhebung durchgeführten Untersuchung des Max-Planck-Instituts wurde der Versuch unternommen, die bereits zutage getretenen Lücken des Schutzes der privaten Letztverbraucher vor allem quantitativ genauer zu bestimmen.¹⁰³

Rechtstatsächlich anhand von Fragebogen untersucht wurden 3200 Wettbewerbsprozeßakten an vier Landgerichten (München, Stuttgart, Düsseldorf und Hamburg) und alle Verbraucherreklamationen bei vier verschiedenen Verbraucherverbänden (Verbraucherzentrale Berlin, für den Zeitraum 1975 bis Anfang 1977; Verbraucherzentrale Baden-Württemberg, 1972 bis 1976; Verbraucherschutzverein Berlin, 1972 bis 1976; Aktion Bildungsinformation Stuttgart, 1972 bis 1976). Eine allgemeine Befragung der Verbraucher fand nicht statt.

Schon bei der ersten Untersuchung zur Verbraucherverbandsklage war festgestellt worden, daß eine Vielzahl von unlauteren Vertragsanbahnungspraktiken zu nicht liquidierten Schäden bei den Nachfragern führt.¹⁰⁴ Wirtschaftlich betrachtet beinhaltet diese Situation für einen unseriösen Wettbewerber einen steten ökonomischen Anreiz, es zumindest ab und zu mit rechtswidrigen Methoden der Vertragsanbahnung zu versuchen. Die dadurch bewirkten Geschäftsabschlüsse werden von einer wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsverfügung nicht berührt, der wirtschaftliche Gewinn verbleibt fast in jedem Fall bei dem unlauter handelnden Anbieter. So wird unlauterer Wettbewerb zu einem lukrativen Geschäft; das einzige wirtschaftliche Risiko sind die Rechtsverfolgungskosten einer Abmahnung oder einer Unterlassungsverfügung. Dieses Risiko ist dem Betrag nach im Vergleich zu den durch die sittenwidrige Vertragsanbahnung regelmäßig erzielten ökonomischen Vorteilen je-

¹⁰² v. Falckenstein, WRP 1978, 504.

¹⁰³ v. Falckenstein, R., Rechtstatsachenforschung zum Wettbewerbs- und Verbraucherschutzrecht. Schäden der Verbraucher durch unlauteren Wettbewerb (v. Falckenstein, II, 1979); ders., WRP 1978, 507 ff.; ders., Konsumentenschädigung durch unlautere Geschäftspraktiken, ZVP 1978, 303 ff.

Der Verfasser war Mitglied der mit dieser Untersuchung befaßten Arbeitsgruppe des Max-Planck-Instituts und hat den Projektleiter G. Schricker bei der Betreuung unterstützt.

¹⁰⁴ v. Falckenstein, WRP 1978, 507; ders., II, Rdz. 3 ff.; vgl. dort auch den kurzen Überblick zur bürgerlich-rechtlichen Problematik.

doch zu vernachlässigen.¹⁰⁵ Viele Wettbewerbsverstöße bleiben außerdem auch ohne jede wettbewerbsrechtliche Ahndung.

Besonders akzentuiert wird diese Situation noch dadurch, daß auch die Wettbewerber im Rahmen ihrer Bemühungen zur Verfolgung unlauteren Wettbewerbs sich fast ausschließlich auf das Unterlassungsbegehren konzentrieren. Die rechtstatsächliche Untersuchung von Prozeßakten ergab, daß Schadensersatzansprüche von Mitbewerbern gegen unlauter handelnde Gewerbetreibende praktisch nie realisiert werden: „Die überwiegend fehlende Bezifferung der Klageanträge läßt darauf schließen, daß die wettbewerbsrechtliche Schadensersatzklage kein taugliches Mittel zur Abschöpfung der durch unlautere Praktiken erzielten Gewinne zu Lasten des Konkurrenten darstellt. Viel eher bewährt sie sich als prozessuales Druckmittel, um den Prozeßgegner zur Unterwerfung unter das Unterlassungsbegehren zu bringen. Dem Wettbewerbskläger fällt es dann bei Vergleichsverhandlungen nicht schwer, im Gegenzug den kaum realisierbaren Schadensersatzanspruch preiszugeben.“¹⁰⁶

Aufgrund dieser Umstände bleibt im Regelfall der „Verletzergewinn“ demjenigen, der mit unlauteren Marketingmethoden arbeitet. Ohne eine rechtliche Vorkehrung zur vollständigen Abschöpfung des Verletzergewinns, die in der Praxis im Einzelfall sich auch als durchführbar erweisen muß, ist jedoch ein Rechtsverstoß bei Vertragsanbahnung unzureichend sanktioniert. Dem Verletzer dürfen genauso wenig die wirtschaftlichen Vorteile seines unlauteren Verhaltens belassen werden, wie einem geschädigten Nachfrager keine effektive Möglichkeit eines Schadensersatzausgleichs gewährt wird. Erst wenn der bei einer Vertragsanbahnung unlauter Handelnde aufgrund dieses Rechtsverstoßes mit wirtschaftlichen Nachteilen rechnen muß, tritt zu der Wirkung einer wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsverfügung ein weiterer präventiver Effekt: Unlauterer Wettbewerb lohnt sich zumindest auf die lange Sicht wirtschaftlich nicht mehr.¹⁰⁷

¹⁰⁵ Grundsätzlich muß zur Verfolgung von Wettbewerbsverstößen zuerst einmal abgemahnt werden, Pastor, W. L., Der Wettbewerbsprozeß, 2. Aufl., S. 18 ff.; ders., Die Notwendigkeit einer Verwarnung im Wettbewerbsrecht, GRUR 1968, 177 ff. Die Kosten, d. h. die Gebühren, eines Verwarnungsschreibens eines Rechtsanwalts berechnen sich gemäß § 32 BRAGebO mit einer halben Gebühr zuzüglich Unkostenpauschale mit Mehrwertsteuer; bei einem in der Praxis häufig anzutreffenden Streitwert von DM 30000 betragen sie z. B. gegenwärtig knapp DM 500. Derartige Beträge stellen kein ernst zu nehmendes wirtschaftliches Risiko dar; außerdem liegen sie immer noch weit unter den jeweiligen Werbekosten. Wenn der Abgemahnte (Verwante) sich darauf einer strafbewehrten Unterlassungserklärung unterwirft, kann in der gleichen Angelegenheit wettbewerbsrechtlich nicht weiter gegen ihn vorgegangen werden. Es fehlt die Wiederholungsgefahr. Häufig wird aber die beanstandete Werbung mit gewissen Abänderungen oder in Varianten weitergeführt. Dann muß erneut abgemahnt werden. S. kritisch dazu Krüger-Nieland, wiedergegeben in Handelsblatt 4. 12. 1978, S. 12: „Rechtsprechung zeigt sich zunehmend besorgter.“

¹⁰⁶ v. Falckenstein, WRP 1978, 504; ders., II, Rdz. 23 ff., 123.

¹⁰⁷ Vgl. dazu auch meine Ausführungen, Wettbewerbsrecht, Strukturpolitik und Mittelstandsschutz, GRUR 1977, 580 ff. (587); ebenso Ulmer, P., in Material über Zukunftsaspekte der Rechtspolitik, S. 55; Ulmer spricht von einer Präventionswirkung eines Schadensersatzanspruchs.

Welches Ausmaß die zu Lasten der Nachfrager durch unlautere Vertragsanbahnungspraktiken bewirkten Schäden in Deutschland gegenwärtig haben, wurde repräsentativ für bestimmte Teilbereiche durch diese zweite rechtstatsächliche Studie des Max-Planck-Instituts über „Schäden der Verbraucher durch unlauteren Wettbewerb“¹⁰⁸ zum ersten Mal statistisch genauer ermittelt. Dabei ergab sich nach vorsichtiger Schätzung ein Gesamtschadensbetrag von mindestens 1,5 Milliarden DM pro Jahr.¹⁰⁹ Diese Zahl, die nur auf der rechtstatsächlichen Untersuchung von Wettbewerbsprozeßakten und ausgewählten Verbraucherreklamationen beruht, könnte durch eine repräsentative Gesamtumfrage bei den Verbrauchern nur nach oben korrigiert werden.¹¹⁰ In der Tat stellt dieser Betrag nur die Spitze des Eisbergs dar, denn die rechtstatsächliche Erhebung war von vornherein aus technischen Gründen so konzipiert, daß nur ein ganz bestimmtes Segment aller Schadensfälle erfaßt werden konnte. So wurden z.B. die Reklamationen nur bei einigen in Wettbewerbsstreitigkeiten besonders prozessual aktiven Verbraucherverbänden untersucht.

Allein die dabei gewonnenen Erkenntnisse beweisen jedoch, daß Aussagen über Schäden in Milliardenhöhe zu Lasten der Nachfrager, bewirkt durch unlauteren Wettbewerb, künftig nicht mehr einfach nur als bloße spekulative Behauptungen vom Tisch gewischt werden können. Die durch die rechtstatsächliche Untersuchung festgestellte Schadenssumme reicht, für sich betrachtet, schon aus, um Maßnahmen der Rechtsfortbildung zur Verbesserung der rechtlichen Stellung der Nachfrageseite gegenüber rechtswidrigen Vertragsanbahnungsmaßnahmen zu rechtfertigen.¹¹¹ Daß ein akutes praktisches Bedürfnis zur Verbesserung der rechtlichen Regelung der Vertragsanbahnung gegeben ist, kann nicht länger in Zweifel gezogen werden.

Dies gilt nicht nur im Hinblick auf die bei den Nachfragern eingetretenen indivi-

¹⁰⁸ S. oben, Fußn. 103.

¹⁰⁹ v. Falckenstein, WRP 1978, 510; ders., II, Rdz. 131.

¹¹⁰ G. Schricker, Vorwort zu v. Falckenstein, II. Gleiches gilt, wenn man die einschlägigen Zivilprozeßakten erfassen würde. Der Verfasser hat für das Jahr 1975 beim OLG Nürnberg-Fürth eine Stichprobe bei nur einer Zivilkammer erhoben und konnte dabei folgende Schadenssummen ermitteln (zumeist klagte ein Anbieter auf Zahlung, obwohl die jeweiligen Verträge rechtswidrig angebahnt worden waren): AZ 1 U 141/75 (Verkauf eines untauglichen Popcorn-Geräts), Schaden: DM 10 128; AZ 1 U 80/75 (Verkauf von Waschautomaten unter Angabe falscher Verdienstmöglichkeiten), Schaden: DM 54 723; AZ 1 U 72/75 (irreführende Erklärungen bei Inzahlungnahme eines Pkw), Schaden: DM 9600; AZ 1 U 141/75 (irreführende Angaben über Pacht sowie Bierbezugsverpflichtung), Schaden: DM 6214; AZ 1 U 21/75 (Benzin als Superbenzin), Schaden: DM 2361.

Zu Beginn des Jahres 1976 ergab sich außerdem in dem Rechtsstreit AZ 1 U 53/76 eine Schadenssumme von DM 54 723. Damit wurde die Bezahlung des Kaufpreises von Reinigungsautomaten verlangt, die mit irreführenden Angaben und unter Versuch der Umgehung des Abzahlungsgesetzes vertrieben worden waren.

Die Ermittlung von Leistungsklagen, die auf unzulässigerweise angebahnten Verträgen beruhen, würde jedoch die Durchsicht aller allgemeinen Zivilprozeßakten erfordern, denn für dieses Gebiet gibt es im Gegensatz zum Wettbewerbsrecht keine Spezialkammern.

¹¹¹ Vgl. dazu auch den Gesetzesentwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, BR-Drucks. 226/78, insbesondere Begründung, S. 16. Diese Ansicht äußert auch Schricker, a. a. O., Fußn. 110.

duellen Schäden, für die es bis jetzt noch keine ausreichende Möglichkeit des Schadensersatzes gibt, sondern auch hinsichtlich des volkswirtschaftlichen Allokationschadens, der dadurch hervorgerufen wird, daß nicht der gesetzestreue, sondern ein rechtswidrig handelnder Wettbewerber eine Leistungsverwertung am Markt realisieren konnte.¹¹² Diese Verbesserung der ökonomischen Position des unlauter Handelnden mittels Rechtsbruchs schadet auf lange Sicht auch der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs. Nicht dem rechtswidrig handelnden, sondern dem gesetzestreuem Anbieter gebührt der ökonomische Erfolg am Markt.

Anhand einer differenzierteren Betrachtung der durch die Rechtsverstöße bei Vertragsanbahnung bewirkten Schäden ließen sich im Rahmen der zitierten Untersuchung theoretisch drei Hauptschadenskategorien unterscheiden:¹¹³

Aufwendungsschäden: Dies sind Schäden infolge von nutzlosen Aufwendungen, vor allem von Weg, Zeit und finanziellen Mitteln, um einen Vertragsabschluß herbeizuführen, der aber, etwa aufgrund falscher Angaben, in der Werbung nicht zustande kommt; auch die sog. Opportunitätskosten¹¹⁴ zählen hierzu.

Vertragsschäden: Aufgrund von rechtswidrigen Methoden der Vertragsanbahnung kommt ein bürgerlich-rechtlicher Vertrag zustande, mit dem ein Nachfrager ex post unzufrieden ist, weil er dieses Rechtsgeschäft sonst überhaupt nicht, nicht so oder nicht zu diesem Zeitpunkt abgeschlossen hätte.

Differenzschäden: Der durch Werbemaßnahmen angesprochene Verbraucher wollte einen Vertrag abschließen, jedoch bleibt der Wert der gekauften Ware oder in Anspruch genommenen Dienstleistung hinter den Angaben in der Werbung zurück.

Neben diesen Schadensarten können noch zusätzlich auftretende Begleit- oder Folgeschäden sowie Rechtsverfolgungskosten, die aufgrund einer unlauteren Vertragsanbahnung entstehen, theoretisch unterschieden werden.¹¹⁵

Die rechtstatsächliche Untersuchung der Häufigkeitsverteilung dieser Schadensarten brachte folgende Ergebnisse:

¹¹² Vgl. einen ähnlichen Ansatz auch bei v. Falckenstein, II, Rdz. 38; es geht jedoch, wie bereits erwähnt, bei Umsatzverlagerungen nicht nur um den individuellen Schaden eines bestimmten Wettbewerbers, der in seinen Absatzchancen beeinträchtigt worden ist, sondern auch um den Schaden, den das Wettbewerbsgeschehen als Ordnungssystem dadurch erleidet, daß etwa ein rechtswidrig handelnder Wettbewerber bessere Wachstumschancen oder Möglichkeiten zur Sicherung seiner Marktstellung hat als ein rechtmäßig handelnder. Ein ähnlicher Gedanke wird im Wettbewerbsrecht unter dem Gesichtspunkt des unzulässigen Vorsprungs durch Gesetzesverletzungen diskutiert; s. umfassend dazu Schricker, G., Gesetzesverletzung und Sittenverstoß, S. 25, 250ff.

¹¹³ v. Falckenstein, II, Rdz. 39ff., 50ff.; ders., WRP 1978, 508; vgl. auch zu einer Systematisierung von Verbraucherschäden Schricker, G., Schadensersatzansprüche für Verbraucher und Verbraucherverbände bei irreführender Werbung, in Material über Zukunftsaspekte der Rechtspolitik, S. 45ff.

¹¹⁴ Vgl. dazu Grochla/Wittmann (Hrsg.), Handwörterbuch der Betriebswirtschaft, S. 2834, Stichwort „Opportunitätskosten“. Die BWL bezeichnet damit den Nutzenentgang, der dadurch entsteht, daß nur eine suboptimale Alternative gewählt oder verfolgt wird. D.h., der Nachfrager hätte mit seiner Zeit etwas Besseres anfangen können, die er infolge z. B. irreführender Werbung darauf verwendet hat, um einem vermeintlichen Sonderangebot nachzuspüren.

¹¹⁵ v. Falckenstein, II, Rdz. 47; zur Häufigkeitsverteilung vgl. Rdz. 53.

Als in der Praxis am häufigsten gegeben erwiesen sich Fälle der Anlockung oder Umleitung von Kunden durch unlauteren Wettbewerb; in rund 57% aller untersuchten Fälle und in 75% aller relevanten Wettbewerbsprozesse ging es um unlautere Anlockung und Kundenumleitung.¹¹⁶ Aufwendungsschäden konnten in 6,6% aller untersuchten Wettbewerbsklagen und in 1,4% aller Reklamationen festgestellt werden; Vertragsschäden waren in insgesamt 5,5% und Differenzschäden in 24,7% aller untersuchten Schadensfälle zu verzeichnen.¹¹⁷

Der Vertragsschaden erwies sich dabei betragsmäßig für die Verbraucher als die schwerwiegendste Schadenskategorie. In annähernd zwei Dritteln aller Beschwerden über das Verhalten von Gewerbetreibenden bei der Vertragsanbahnung lag ein Vertragsschaden vor. Dessen hohes Gesamtaufkommen bei durchschnittlich hoher Verbreitung führt zu erheblich ins Gewicht fallenden Gesamtschäden; dies ist das Resultat der besonders weiten Verbreitung von Kleinschäden im höheren Bereich (bis DM 30) und von mittelhohen Schäden (bis DM 500). Der Vertragsschaden dominiert auch absolut bei der Reklamationsbearbeitung der Verbraucherverbände; seine Verfolgung wurde zu deren Hauptaufgabe.¹¹⁸ Differenzschäden sind am meisten als mittelhohe Schäden anzutreffen, die nur mäßig verbreitet sind, so daß ihre Bedeutung im gesamtwirtschaftlichen Rahmen nicht zu hoch zu veranschlagen ist.¹¹⁹

Für unsere Untersuchung soll abschließend ein letztes wichtiges Ergebnis der rechtstatsächlichen Bestandsaufnahme in den Vordergrund gerückt werden:¹²⁰ Der Vergleich der wettbewerbsrechtlichen Aktivitäten zur Rechtsdurchsetzung der Gewerbetreibenden und ihre Verbände einerseits und der Verbraucherverbände sowie der Reklamationsinhalte der Verbraucher andererseits zeigt, daß die jeweils verfolgten Interessen stark differieren. Bei der wettbewerbsrechtlichen Klagetätigkeit der gewerblichen Seite wurden nur in etwas mehr als einem Drittel aller Prozesse Fälle aufgegriffen, in denen es auch um eine Schädigung von Verbrauchern geht; demgegenüber verfolgen die Verbraucherverbände verständlicherweise immer nur Verbraucherschäden, bei welchen zwar konsequenterweise auch eine konkurrentenschädliche Wettbewerbshandlung vorliegt, ohne dabei jedoch spezifisch gewerbliche Interessen zu verfolgen.¹²¹ Damit deutet sich eine funktionelle Arbeitsteilung in der wettbewerbsrechtlichen Rechtsverfolgung von Angebots- und Nachfrageseite an, die jeweils auf den Schutz der unterschiedlichen individuellen Interessen, aber auch damit zugleich der beiden Seiten dienenden gemeinsamen Grundlagen zur Bewahrung der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs abzielt und sich gegenseitig ergänzen kann. Als nicht mehr haltbar erweist sich andererseits die Auffassung, daß allein schon die wettbewerbsrechtliche Rechtsdurchsetzung der gewerblichen Seite

¹¹⁶ v. Falckenstein, II, Rdz. 53 ff., 126.

¹¹⁷ Zur genaueren Aufteilung und Untergliederung vgl. v. Falckenstein, II, Rdz. 54 ff.

¹¹⁸ v. Falckenstein, II, Rdz. 107, 126.

¹¹⁹ Einzelheiten vgl. bei v. Falckenstein, II, Rdz. 126; ders., WRP 1978, 508.

¹²⁰ v. Falckenstein, II, Rdz. 122 ff.

¹²¹ Vgl. die wesentlich umfassenderen Angaben bei v. Falckenstein, I, Rdz., 73 ff.; ders., II, Tabelle 39; Schade, S. 89 ff.

alle maßgeblichen Wettbewerbsverstöße ausreichend verfolge und ausräume, so daß ein gesonderter wettbewerbsrechtlicher Schutz der Verbraucher überflüssig wäre. Die Untersuchung zeigt im Gegenteil deutlich, daß die dafür notwendigen rechtlichen und finanziellen Mittel der Verbraucherverbände noch erheblich verbessert werden müßten, um den notwendigen Rechtsschutz der Nachfrageseite gegenüber Vertragsanbahnungsmaßnahmen effizienter gestalten zu können.¹²² Ein ausreichender individueller Rechtsschutz des einzelnen Verbrauchers fehlt so gut wie völlig.

4.3. Drei exemplarische Fälle

Um diese rechtstatsächliche Bestandsaufnahme der aktuellen Situation der Vertragsanbahnung wenigstens in gewisser Hinsicht konkreter zu veranschaulichen, sollen im folgenden aus der großen Zahl der rechtstatsächlich ermittelten Schadensfälle exemplarisch drei Sachverhalte herausgegriffen werden, die besonders akzentuiert die gegenwärtige rechtliche Problematik der Vertragsanbahnung erkennen lassen.¹²³

4.3.1. Preistäuschung durch ein Werbeinserat

Preisirreführungen ließen sich bei der zitierten rechtstatsächlichen Untersuchung in 57 Fällen (= 3,6%) feststellen, wobei zu bemerken ist, daß Preistäuschungen sich in der Praxis zumindest nachträglich klar erkennen lassen und deswegen auch gemäß § 3 UWG relativ intensiv verfolgt werden.¹²⁴ Das nachfolgend wiedergegebene Reklamationsschreiben eines Verbrauchers, das einen besonders aufschlußreichen Fall von Preistäuschung betrifft, bedarf keines weiteren Kommentars; hier spricht die Reklamation für sich:

An die
Hamburgische Verbraucher Zentrale
Ich möchte Sie bitten, mir einen Ratschlag zu geben, wie ich die Firma
Waschmaschinen ...

44 Münster/Westfalen

davon überzeugen kann, daß ich von ihr durch falsche Angaben übervorteilt wurde. Folgende Zeitungsannonce in der Böhme Zeitung – Soltau – die wiederholt erschienen ist und auch heute noch an jedem Freitag erscheint, bewog mich dazu, die Firma in Soltau aufzusuchen.

ACHTUNG

Neu für Soltau

Waschmaschineninteressenten!

Ein namhaftes westf. Waschmaschinenwerk bringt durch mich laufend preisgünstig Waschgeräte aller Typen zum Verkauf. Es handelt sich dabei um Neugeräte und Neugeräte mit teilweise kleineren äußeren Schönheitsfehlern.

¹²² Zur finanziellen Problematik der Verbraucherverbände vgl. v. Falckenstein, I, Rdz. 237ff.

¹²³ Die folgenden Angaben beruhen auf Reklamationen, die an den Verbraucherschutzverein gerichtet oder an diesen weitergegeben wurden.

¹²⁴ v. Falckenstein, II, Rdz. 87ff.

Waschvollautomaten ab DM 498.

Außerdem gute, gebrauchte Waschgeräte ab DM 125 mit Garantie. Werksgarantie und Kundendienst auf jedes Gerät. Teilzahlung möglich. Besichtigung und Verkauf nur freitags von 10–18 Uhr und Sonnabend von 10–14 Uhr.

Mir wurde dort eine Blomberg Teilautomatische Waschmaschine mit kleinen Fehlern angeboten, deren Normalpreis um die DM 848 herum liegen sollte. Die Maschine war nicht am Lager in Soltau, sollte mir aber am anderen Tag in meiner Wohnung aufgestellt werden. Als Preis wurde mir DM 698 angegeben, den ich nach Aufstellen der Maschine auch gleich bezahlte. Hinterher stellte ich fest, daß eine Waschmaschine gleichen Charakters in Geschäften und Warenhäusern – ohne Fehler und fabrikneu – schon für DM 548 angeboten wird. D. h. daß die fehlerfreie Maschine um DM 150 billiger ist. An der von Schulz gelieferten Maschine ist der Außenlack beschädigt, die Plastikhinterwand hat einen Riß und die Heizschlange ist angescheuert. Ich habe die Firma drei Mal angeschrieben, ohne eine Antwort zu bekommen. Die geforderte Garantiekarte hat man mir auch nicht geschickt. Der Kauf der Waschmaschine war nur möglich, da man mir falsche Angaben über den echten Wert der Maschine machte. Schon die Zeitungsannonce erweckt den Eindruck, einen vorteilhaften Einkauf machen zu können. Es ist unverantwortlich auf diese Weise Geschäfte zu tätigen. Ich kann nicht verhehlen, daß ich selbst leichtsinnig gehandelt habe, denn ich hätte mich vorher über den wahren Sachverhalt unterrichten müssen, und hätte die Versprechungen des Verkäufers nicht so leichtsinnig glauben dürfen. Meine Bitte an Sie geht nun dahin, mir einen Rat zu geben, ob und wie ich einen eventuellen Preisnachlaß erreichen kann. Ich bin Rentner und es trifft mich daher besonders hart, hereingefallen zu sein. Wie kann man andere vor solchen Fehlkäufen warnen? Ich bedanke mich im voraus für die erbetene Hilfe. Freiumschlag lege ich meinem Schreiben bei.

Mit freundlichen Grüßen

4.3.2. Unrichtige Angaben von Produkteigenschaften in einem Werbeprospekt

Auch in diesem Fall genügen die Angaben, die aus dem folgenden Reklamations-schreiben hervorgehen:

An die
Deutsche Verbraucherschutz Zentrale
Postfach
5300 Bonn

Sehr geehrte Herren!

Ich habe am 20. 2. 1977 den O. ... HiFi Receiver TX 4500 angeschafft. Laut Prospektangabe der Fa. O. ... hat das Gerät eine Leistung von 2×100 W. Bei Durchsicht der Betriebsanleitung stellte ich fest, daß das Gerät nur eine Leistung von 2×75 W. hat. Nach einer Rückfrage bei Fa. O. ... teilt man mir mit, daß auch andere seriöse HiFi Hersteller falsche Prospektangaben machen und die Meßmethoden von den DIN Vorschriften teilweise abweichen. Ich sehe darin eine arglistige Täuschung des Verbrauchers.

Teilen Sie mir bitte mit, ob ich von der Hersteller-Firma wegen der Falschangaben in den Prospekten einen Mindestpreis für das Gerät fordern kann.

Ich würde mich freuen, wenn Sie meine Forderung unterstützen könnten. Als Anlage sende ich ihnen eine Fotokopie des Schreibens von der Fa. O. ...

Mit freundlichem Gruß!

Zuerst hatte sich dieser Käufer an die deutsche firmeneigene Vertriebs-GmbH des betreffenden japanischen Herstellers mit dem Begehren um Wandlung oder Minderung gewandt; diese verwies jedoch darauf, daß die Bedienungsanleitung in Japan gedruckt und daß die Messungen dort nicht nach deutschen DIN-Normen vorge-

nommen würden. Die in der Bedienungsanleitung ausgewiesenen technischen Daten würden, „wie wir es auch von anderen seriösen HiFi-Geräteherstellern aus Übersee gewohnt sind, ein echtes ‚understatement‘ darstellen“. Im Werbeprospekt wurde jedoch mit den Angaben von deutschen DIN-Normen geworben.

4.3.3. Falsche Berühmung eines Sammlerwerts

Eine Kunstprägeanstalt warb mit folgendem „persönlichen Anschreiben“ für den Verkauf einer Silberbarren-Sammlung:

„Wenn Sie sich jetzt das Anrecht auf diese künstlerisch und historisch wertvolle Barren-Sammlung sichern, gelangen Sie gleichzeitig in den Besitz eines regelrechten Silberschatzes.

Denn wir garantieren ausdrücklich, daß jeder der 45 Barren dieser Sammlung in reinem Feinsilber, Feingehaltsstempel 1000, geprägt wird.

Lieber Sammler,

mit den liebevoll gefertigten Prägungen der Sammlung ‚Eine romantische Reise durch das Deutschland des 19. Jahrhunderts‘ werden die schönsten alten Städteansichten für die Zukunft bewahrt.

Prof. Dr. F. ... W. ..., früher Leiter des Münzkabinetts am ..., hat die Ansichten ausgewählt und in einem Band für Sie kommentiert.

Darüber hinaus haben Sie hier die Gelegenheit, in reinem Silber mit dem Feingehaltsstempel 1000 anzulegen. Das ist angesichts des steigenden Silberpreises eine krisensichere Anlage. Zumal diese einzigartige Sammlung natürlich nicht nur nach ihrem Silbergewicht (Gewicht jedes Barren 30 g), sondern auch nach ihrem Sammlerwert bewertet werden muß.

Damit die aus 45 Barren bestehende Sammlung Sammlerwert erhält, haben wir uns entschlossen, nur 7000 Serien zu prägen. Wir bleiben also auch hier unserem Grundsatz treu, zugunsten des Sammlerwerts nur denkbar kleine Prägeauflagen anzufertigen.

Das bedeutet allerdings, daß Sie sich, ungeachtet des Subskriptionsschlusses am 16. 6. 1975, sofort entscheiden sollten. Nur dann können wir versprechen, daß Sie zu den nur 7000 Subskribenten gehören werden, die monatlich einen Reinsilberbarren zum Festpreis von DM 65 erhalten.

Mit freundlichen Grüßen

Kunstprägeanstalt

P.S.: Als Subskribent dieser Barren-Sammlung erhalten Sie ohne Mehrpreis einen nach zeitgenössischen Vorbildern in Handarbeit hergestellten Barren-Schrank aus Eiche massiv. Jeder Barren-Schrank trägt auf dem Deckel ein poliertes Messingschild, in das der Name des Besitzers der Sammlung eingraviert ist. Auch die Gravur des vollen Namens ist im Subskriptionspreis für die Barren-Sammlung enthalten.“

Aus einer Strafanzeige, eingegangen bei der Staatsanwaltschaft beim LG Berlin, geht konträr zu diesen Werbeangaben hervor, daß es einen Sammlerwert für derartige Kunstprägungen nicht gibt; es gibt im Gegensatz zur Numismatik oder Philatelie, an die sich der Anbieter mit seinen Werbeangaben anlehnt, auf jeden Fall keinen Markt, auf dem ein derartiger Sammlerwert realisiert werden könnte;¹²⁵ der Herstel-

¹²⁵ Diese Auskunft war dem Anzeigenerstatter von der DEGUSSA und verschiedenen Banken und Sparkassen gegeben worden; Scheideanstalten nahmen diese „Barren“ nur in Zahlung, um sie in handelsübliche Silberbarren umzugießen; dafür müssen Scheidekosten gezahlt werden, und der Verkäufer erhält nur den Silbermetallwert, entsprechend dem jeweiligen Tageskurs, vergütet.

ler selbst lehnte jedes „Rückkaufsrecht zum gleichen Preis“ ab. Entsprechend den Ermittlungen, betrug der Preis für 30 g Silber im Jahr 1975 zwischen DM 10 und 12; die „Barren mit Sammlerwert“ wurden jedoch zu DM 65 vertrieben. Allein in diesem Fall mußte von dem Eintritt eines Gesamtschadens der Verbraucher von rund 20 Millionen DM ausgegangen werden,¹²⁶ bevor diese Form der Werbung gestoppt werden konnte.

Die Aufzählung von Erscheinungen unpräziser und unrichtiger Angaben bei der Vertragsanbahnung in Werbedrucksachen, Werbeanzeigen, Verkaufsprospekten etc. und vor allem im persönlichen Gespräch durch Vertreter oder sonstige Abschlußgehilfen könnte noch erheblich verlängert werden; bei v. Falckenstein¹²⁷ findet sich allein für bestimmte, sog. „Massenschäden“ betreffende Sachverhalte eine Liste von rund 36 verschiedenen Fällen von irreführenden Werbeangaben, z. B.:

- Hackfleisch, statt angepriesener „Steaks“ als Tiefkühlkost;
- fehlende Früchte im „Fruchtjoghurt“;
- „Wolldecke“ ohne Wolle;
- Gesichtöl ist kein Heilmittel, wie beworben;
- „benzinsparender Zündverstärker“ ohne jede Ersparnis;
- minderwertiges Waschmittel wird als „Vollwaschmittel“ beworben;
- falsche Werbeangaben über Verzinsung von Schatzbriefen;
- unterfüllte Kosmetika;
- irreführende Angaben über den Umfang einer Rechtsschutzversicherung;
- Werbung für ein Buch mit berühmten Autorennamen, obwohl dieser nicht Verfasser ist.

Zur Erfassung der tatsächlichen Dimension und Problematik des Bereichs der Vertragsanbahnung in einer modernen Industriegesellschaft mögen im Rahmen dieser Einführung jedoch die vorstehend wiedergegebenen Fakten genügen.

Abschließend klargestellt soll nur noch werden, daß selbstverständlich nicht nur im Rahmen der gewerbsmäßigen Vertragsanbahnung, sondern auch bei der Vorbereitung eines Vertragsabschlusses zwischen zwei privaten Letztverbrauchern unrichtige Angaben gemacht werden können. Auch eine Kleinanzeige eines Privatmanns in einer Tageszeitung, in der etwa der Verkauf eines PKW unter Angabe eines falschen Neupreises angekündigt wird, stellt einen Fall der „irreführenden Werbung“ dar, obwohl eine Wettbewerbshandlung nicht vorliegt. Im Rahmen unserer Untersuchung soll indessen wegen der entscheidend größeren ökonomischen Bedeutung im wesentlichen nur der Bereich der gewerblichen Vertragsanbahnung Berücksichtigung finden.

¹²⁶ S. v. Falckenstein, II, Tabelle 39, B 3.

¹²⁷ S. v. Falckenstein, II, Tabelle 39; vgl. dazu auch Schricker/Lehmann, Werbung/Unlauterer Wettbewerb, Rdz. 26 ff.; Schade, S. 90 ff.

II. Kapitel. Der Schutz des wirtschaftlich Schwächeren und Unerfahrenen im Privatrecht – Ein Überblick

1. Die historische Ausgangssituation

Der Gedanke, dem wirtschaftlich Schwächeren und Unerfahrenen einen besonderen zivilrechtlichen Schutz zuteil werden zu lassen,¹ ist dem deutschen Privatrecht des 19. Jahrhunderts nicht völlig fremd gewesen. Zweck des bereits am 16. Mai 1894, also noch vor Inkrafttreten des BGB, geschaffenen Gesetzes betreffend die Abzahlungsgeschäfte,² ist damals wie heute der Schutz des wirtschaftlich und sozial schwächeren Abzahlungskäufers.³ Auch die Novellen des Abzahlungsgesetzes aus

¹ Vgl. dazu den kurzen Überblick bei Weitnauer, H., Der Schutz des Schwächeren im Zivilrecht, S. 12 ff.; sowie die zahlreichen Beiträge in Handbuch des Verbraucherrechts, hrsg. von AgV/DGB, Neuwied 1976; vgl. auch die Beiträge in RabelsZ 1976, H. 3 und 4; v. Hippel, S. 28 ff.; Simitis, S. 21 ff.; Reich/Tonner/Wegener, S. 29 ff.; Larenz, AT, S. 43 ff. Aus europäischer Sicht vgl. dazu die Entschließung des Rates der EG vom 14. 4. 1975 über ein erstes Programm für eine Politik zum Schutz und zur Unterrichtung der Verbraucher. ABl. Nr. C 92 vom 25. 4. 1975, S. 1; s. auch Kramer, E. A., Konsumentenschutz als neue Dimension des Privat- und Wettbewerbsrechts, ZSR 1979, 49 ff., Schumacher, R., Vertragsaufhebung wegen fahrlässiger Irreführung unerfahrener Vertragspartner, S. 69 ff.; Reifner, U., Alternatives Wirtschaftsrecht, S. 51 ff.; Gilles, JA 1980, 1 ff.

² RGBl. S. 450/BGBl. III 402–2. Vgl. dazu auch Wieacker, F., Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, S. 481: „Die einzigen Vorschriften zum Schutze des wirtschaftlich schwächeren Konsumenten finden sich kennzeichnenderweise in einem Sondergesetz, dem Abzahlungsgesetz von 1894“ und nicht im Bürgerlichen Recht, das nur „schwach ausgeprägte soziale Elemente“ aufweist; vgl. auch Hillermeier, K., Freiheit und soziale Verantwortung im Vertragsrecht, BB 1976, 725.

³ Vgl. Crisolli/Ostler, Abzahlungsgesetz, 5. Aufl., Einl., Anm. 17 ff., 19; Ostler/Wiedner, Abzahlungsgesetz, 6. Aufl., Einl., Anm. 19; vgl. in diesem Zusammenhang auch Heck, Wie ist den Mißbräuchen, welche sich bei den Abzahlungsgeschäften herausgestellt haben, entgegenzuwirken?, Gutachten, Verhandlungen des 21. Deutschen Juristentages, 1891, Bd. 2, S. 131 ff., 132: „Die gestellte Aufgabe ist als dringlich zu bezeichnen. Der Handel mit beweglichen Gegenständen auf Abzahlung hat einen großen Umfang erreicht und weitgehende Mißstände hervorgerufen. Ihre praktische Tragweite wird dadurch gesteigert, daß die benachteiligten Personen durchgängig den ärmeren Volksklassen angehören, bereits schwer um ihre Existenz zu ringen haben und jede staatliche Durchführung unbilliger Ansprüche als Härte empfinden müssen. Die Beseitigung der Nachteile hat deshalb eine nicht zu unterschätzende socialpolitische Bedeutung und entspricht durchaus der Tendenz unserer socialen Gesetzgebung.“ ... S. 147: „Die wirtschaftlichen Nachteile der gegenwärtigen Handhabung treffen in erster Linie und sehr schwer die Kunden. Sie werden geschädigt durch Verleitung zum Ankauf entbehrlicher und ihr Leistungsvermögen überschreitender Gegenstände, durch übermäßigen Preisanstieg und durch die drückenden Vertragsbedingungen, insbesondere die Verwirkungsklausel ... Die Verleitung zum Ankauf bildet einen oft wiederkehrenden Gegenstand der Klagen und tatsächlich auch bei uns einen außerordentlich schweren Mißstand. ...“

Wer auch die gegenwärtige Situation des Direktvertriebs in Deutschland kennt, wird fast

den Jahren 1969 und 1974 verfolgten die Absicht, geschäftsungewandten und rechtlich unerfahrenen Käufern einen verbesserten Schutz gegen Überrumpelungen und Täuschungen zu gewähren.⁴ Weitere Reformen dieses Teilbereichs des Zivilrechts, die in die gleiche Richtung zielen, werden gegenwärtig auf nationaler und europäischer Ebene angestrebt.⁵

Andererseits konnte bei den Kodifikationsarbeiten zum BGB dieser Gedanke keinen maßgeblichen Einfluß gewinnen; die temperamentvolle Kritik des Germani-

versucht sein zu sagen, daß sich an der vorstehend skizzierten Problematik seit beinahe 100 Jahren nichts Wesentliches geändert hat; vgl. v. Falckenstein, I, 91 ff., 103 ff.; Schade, S. 47 ff.

Daß andererseits der Direktvertrieb nicht in Bausch und Bogen verurteilt werden sollte, beweisen die Erfolge seriöser Unternehmen, vgl.: „Ein Konzept für 4000 Handelsvertreter“ (Vorwerk & Co.) Absatzwirtschaft 1978, H. 1, S. 6 ff.; Lehmann, M., Ist der unbestellte Vertreterbesuch gemäß § 1 UWG sittenwidrig?, GRUR 1974, 133 ff.; auch Schade, der ansonsten einen sehr kritischen Ansatz gegenüber dem Direktvertrieb macht, empfiehlt nicht ein absolutes wettbewerbsrechtliches Verbot.

⁴ Gerlach, A., Änderung des Abzahlungsgesetzes, NJW 1969, 1939; Giese, W., Wichtige Änderung des Abzahlungsgesetzes, BB 1974, 722.

Trotz dieser Änderungen ist jedoch immer noch ein Schutzdefizit zu Lasten der Abnehmer gegeben, weil von der Rechtsprechung wirtschaftlich einheitlich getätigte Geschäftsabschlüsse grundsätzlich immer noch in zwei Verträge aufgespalten und „Kauf- und Darlehensvertrag trotz ihrer engen wirtschaftlichen Verbindung rechtlich als zwei voneinander getrennte Verträge“ gewertet werden, so z.B. BGH 18. 1. 1973, NJW 1973, 452; s. einschränkend dazu die neueste Rechtsprechung des BGH zum Einwendungsdurchgriff BGH 23. 11. 1978, BB 1979, 341; 18. 1. 1979, DB 1979, 1126; 21. 6. 1979, JZ 1979, 807 sowie den Entwurf eines Gesetzes über finanzierte Rechtsgeschäfte und über Maklerverträge der Bundesregierung vom 27. 9. 1979, BT-Drucks. 8/3212.

Vgl. auch Wieck, G., Bewertung typischer Geschäftsformen oder Schutz in Härtefällen?, JZ 1974, 13; Weitnauer, H., Neue Entscheidungen zum Abzahlungsrecht, JZ 1968, 201; Raiser, T., Einwendungen des Käufers aus dem Kaufvertrag gegenüber dem Finanzierungsinstitut beim finanzierten Abzahlungskauf, RabelsZ 33 (1969), 457; Gilles, P., Der sogenannte Einwendungsdurchgriff bei finanzierten Umsatz- und Dienstleistungsgeschäften als rechtspolitisches und methodisches Problem, JZ 1975, 305.

Zur praktischen Auswirkung der Gesetzesreformen vgl. v. Falckenstein, I, 91 ff.

Schutzdefizite ergeben sich außerdem aufgrund der zahlreichen Umgehungsversuche, insbesondere des Widerrufsrechts des § 1b AbzG. Vgl. v. Falckenstein, I, 92. Ein Widerrufsrecht sollte bei allen Haustürgeschäften, nicht nur bei Abzahlungsgeschäften eingeführt werden; vgl. Liebs, W., Reuerecht des Käufers „an der Haustür“? Die Möglichkeiten des geltenden Rechts, die grundsätzliche Problematik eines besonderen Reuerechts und seine Ausgestaltung im einzelnen, S. 11 ff.; Löwe, W., Neuerungen im Abzahlungsrecht. Zweites Gesetz zur Änderung des Abzahlungsgesetzes, NJW 1974, 2257; Bericht der Bundesregierung über die Erfahrungen mit dem 2. Gesetz zur Änderung des Abzahlungsgesetzes, BT-Drucks. 8/234, S. 8; Reich, N., Abzahlungsgeschäfte und Wettbewerbsrecht, zu BGH (NJW 1977, 741), JuS 1978, 451.

⁵ Geschäftsabschlüsse außerhalb eines stehenden Geschäftsbetriebes bergen in sich erwiesenermaßen besondere Risiken für den Verbraucher und sollten daher auch einer besonders strengen rechtlichen Kontrolle unterworfen sein, vgl. v. Falckenstein, I, S. 93. Schricker/Lehmann, in Handbuch des Verbraucherrechts, Gruppe 180, Rdz. 67 ff.; v. Hippel, S. 131 f.; Simitis, S. 58 f.; Reich/Tonner/Wegener, S. 185 ff., 201 ff.

Vgl. in diesem Zusammenhang auch den Gesetzesentwurf zur Regelung von Geschäftsabschlüssen außerhalb eines stehenden Gewerbebetriebs, BR-Drucks. 730/76 – Beschluß = BT-

sten O. v. Gierke⁶ am ersten Entwurf des BGB, der auf die soziale Aufgabe des Privatrechts hinwies, blieb genauso wie der Hinweis des Sozialisten A. Menger⁷ auf die „besitzlosen Volksklassen“ im großen und ganzen ungehört. Mit Wieacker⁸ kann man daher konstatieren, daß bei der Kodifikation des bürgerlichen Rechts, die zu etwa gleicher Zeit wie die Abfassung des Abzahlungsgesetzes erfolgte, im wesentlichen nur eine bestimmte Schicht der Wirtschaftsgesellschaft als soziales Modell vor Auge stand, das „besitzende Bürgertum“. Mit der Schaffung des BGB wurden die „formalen Ideale der bürgerlichen Rechtsordnung genau auf die Erfordernisse der expansiven, unternehmungsfreudigen und kapitalstarken Pioniere der industriellen Revolution zugeschnitten“ und somit „diese Ideale auf Kosten der Klassen durchgesetzt, deren Lebensbedingungen sie nicht entsprachen“.⁹ Etwas einseitig und klischeehaft formuliert: „Das Schuldrecht als Herzstück des BGB spiegelt präzis die Absicht des in der zweiten Hälfte des vorherigen Jahrhunderts zur wirtschaftlichen Macht gelangten Bürgertums wider, sich für die Gestaltung seiner ökonomischen Verhältnisse einen autonomen Bereich zu sichern, um dadurch das gerade Er kämpfte zu bewahren und zugleich als Basis für wirtschaftliches Wachstum und politischen Einfluß ausbauen zu können.“¹⁰

Drucks. 7/40 78 sowie den Entwurf eines Gesetzes über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften, BT-Drucks. 8/130 und den Richtlinienvorschlag des Rates der EG betreffend den Verbraucherschutz im Fall von außerhalb von Geschäftsräumen abgeschlossenen Verträgen, ABl. 1977, Cr. C 22/6 = BT-Drucks. 8/75. Seriöse Firmen mit Direktvertrieb gewähren bereits jetzt schon ein Rücktrittsrecht, ohne gesetzlich dazu verpflichtet zu sein. Vgl. Handelsblatt 6. 1. 1976, S. 2; „Widerrufsrecht bei den Haustürgeschäften“.

Zur Rechtssituation in Frankreich vgl. Baumann, D., Haustürgeschäfte in Frankreich, GRUR Int. 1977, 268; in Österreich vgl. das Konsumentenschutzgesetz vom 8. 3. 1979 (Art. 3, Rücktrittsrecht für alle Haustürgeschäfte).

Auch die ZPO wurde inzwischen aus ähnlich gelagerten Gründen reformiert. In Anlehnung an § 6a AbzG (ausschließlicher Gerichtsstand) ist in der ZPO mit Wirkung ab 1. 4. 1974 der Grundsatz des Prorogationsverbots für alle vermögensrechtlichen Streitigkeiten eingeführt worden, weil häufig geschäftlich ungewandte, wirtschaftlich schwache Personen dadurch benachteiligt wurden, daß im Streitfall der Prozeß an entfernten Gerichten durchgeführt und damit eine Rechtsdurchsetzung für sie wesentlich erschwert wurde. Die §§ 38 ff. ZPO sind daher so ausgestaltet worden, daß als ungeschriebener Grundsatz das Verbot von Gerichtsstandsvereinbarungen neu in die ZPO eingeführt wurde. Vgl. Löwe, W., Das neue Recht der Gerichtsstandsvereinbarung NJW 1974, 473 ff.; Thomas/Putzo, ZPO, Kommentar, 9. Aufl., München 1977, Vorbem. § 38, Anm. 5.

Zur praktischen Wirkung von § 6a AbzG vgl. v. Falckenstein, I, S. 98 ff., sowie Bericht über die Erfahrungen mit dem 2. Gesetz zur Änderung des Abzahlungsgesetzes, BT-Drucks. 8/234, S. 6.

⁶ v. Gierke, O., Die soziale Aufgabe des Privatrechts, 1889, Neudruck Frankfurt a. M. 1948, S. 13 ff. Vgl. auch Larenz, AT, S. 43 f.

⁷ Menger, A., Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen. (Nachdruck der ersten Auflage aus dem Jahr 1890), S. 3 ff.

⁸ Vgl. Wieacker, F., in Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung, Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtswörter und die Entwicklung der modernen Gesellschaft, S. 9 ff., 16.

⁹ Wieacker, a. a. O., S. 16.

¹⁰ Esser/Schmidt, Schuldrecht, AT, Teilband 1, S. 4; vgl. auch Westermann, H. P., AcP 178 (1978) 150 ff.

Schon von Tuhr¹¹ schrieb nur wenige Jahre nach Inkrafttreten des BGB: „Äußerlich betrachtet ist das BGB ein deutsches Gesetzbuch ... aber wesentliche Stücke des Gesetzes, namentlich im allgemeinen Teil und Obligationenrecht stammen aus dem römischen Recht und vor allem tragen die Denkformen und Begriffe des Gesetzbuches das Gepräge der römischen durch mittelalterliche und moderne Wissenschaft umgestaltete Jurisprudenz ... man wollte einheitliches, nicht neues Recht schaffen ... Daher sind die sozialen und wirtschaftlichen Grundlagen des bürgerlichen Lebens unberücksichtigt geblieben; freie Verfügung über das Eigentum und Vererblichkeit, freien Arbeitsvertrag, freie Konkurrenz im Handel und Gewerbe. Die soziale Gesetzgebung der achtziger Jahre (Arbeiterversicherung) ist weit mehr reformatorisch als das BGB. Nur in einzelnen Punkten zeigt sich im Gesetzbuch im Vergleich zum früheren Recht eine soziale Tendenz: Schutz des Schwachen gegen die Übermacht des Kapitals.“

Mag diese Kritik an der mangelnden sozialen Ausrichtung des BGB wegen der Heranziehung eines nicht genügend realitätskonformen wirtschaftlichen und sozialen Leitbildes zwar prinzipiell berechtigt sein, so muß dies aber auch aus dem Werdegang und der historischen Entwicklung der zum BGB führenden Kodifikationsarbeiten heraus verstanden werden; diese waren immer noch zu sehr dem wissenschaftlichen Positivismus und primär dem Bemühen um eine möglichst vollständige begriffliche, abstrakte Erfassung der Erscheinungsformen des subjektiven Rechts verhaftet, so daß allein schon deswegen die Orientierung an den vorhandenen wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Lebensbedingungen zwangsläufigerweise zu kurz kommen mußte.¹²

2. Die aktuelle Situation

Inzwischen ist, wenn auch mit großer zeitlicher Verzögerung und unter Aufgabe des Gedankens einer einheitlichen Kodifikation des Bürgerlichen Rechts, das Versäumte zumindest in manchen Bereichen nachgeholt worden bzw. man hat versucht, dies zu tun.

¹¹ v. Tuhr, A., Das Deutsche Bürgerliche Recht, Erster Band, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Leipzig 1910, S. 35.

¹² Vgl. dazu Wieacker, Privatrechtsgeschichte, S. 474 ff., 478 ff.: „Das BGB war noch ein Ausläufer der schöpferischen bürgerlichen Epoche, die mit der Aufklärung begonnen hatte. Jetzt begann sie sich im Pluralismus unpersönlicher gesellschaftlicher und wirtschaftlicher Mächte aufzulösen, der zu den kollektiven Lebensformen überleiten sollte, die wir heute nicht nur an kollektivistische Ideologien gebunden sehen. Diese Stellung am Vorabend einzigartiger Umwälzungen erklärt die intellektuelle Reife wie die geringe Jugendlichkeit des Gesetzbuchs. Es spricht wohl das stille Pathos wahrhaftiger Sachlichkeit aus, das in den Besten unseres Volkes lebt, aber nicht den mitreißenden Aufruf des Staatsbürgers zu selbstbewußter und tätiger Mitverantwortung, den wir aus den Verfassungen und Gesetzbüchern der Völker vernehmen, die sich soeben in einer neuen Wertgemeinschaft gefunden haben. Anders als im ALR konnten sich auch die älteren Stände und Gruppen, das Handwerk, das Bauerntum, in ihm nicht wiederfinden.“

Auf wirtschaftlichen Unterschieden beruhende Verhandlungsdisparitäten sind im privatrechtlichen Bereich am ersten und wohl inzwischen auch insgesamt am weitestgehendsten auf dem Gebiet des Arbeitsrechts beseitigt und nach Meinung mancher sogar zu einem gewissen Grad schon umgekehrt worden.¹³ Mit der Aufhebung des Verbots der gewerkschaftlichen Vereinigung in der Gewerbeordnung von 1869/1871,¹⁴ der vollen rechtlichen Anerkennung der Koalitionen in der Weimarer Republik¹⁵ und schließlich mit der Schaffung von Art. 9 Abs. 3 GG ist die Koalitionsfreiheit¹⁶ als Grundrecht wesentlicher Bestandteil unserer Verfassung geworden, in dem auch ein objektives Sozialprinzip zum Ausdruck kommt. Zum Schutz des grundsätzlich schwächeren Verhandlungspartners auf der Arbeitnehmerseite wurde die Garantie eines sozialen Selbstverwaltungssystems geschaffen, das eine autonome Konfliktlösung, insbesondere ein Tarifvertragssystem und ein Arbeitskampfrecht mit einschließt.¹⁷

Eine ähnliche Rechtsentwicklung läßt sich auf dem Gebiet des Mietrechts für Wohnräume verfolgen. Das durch die zwei Weltkriege verursachte „Mietnotrecht“ wurde beginnend mit dem Jahr 1960 schrittweise aufgehoben und damit zugleich das Mietrecht des BGB unter stärkerer Berücksichtigung sozialer Gesichtspunkte reformiert.¹⁸ Aus der Erkenntnis, daß Mietverträge wegen ihrer Bedeutung für das häusliche Leben und für die wirtschaftliche Existenz des Mieters regelmäßig wesentlich tiefer als routinemäßig wiederholend abgeschlossenen Kaufverträge in den Daseinsbereich jedes einzelnen eingreifen, wurde ein besonderes Schutzbedürfnis des

¹³ Vgl. Weitnauer, S. 18 ff., 24; Zöllner, W., Privatautonomie und Arbeitsverhältnis, AcP 176, 221 (230 ff.).

¹⁴ Vgl. § 152 der Gewerbeordnung von 1869: „Alle Verbote und Strafbestimmungen gegen Gewerbetreibende, gewerbliche Gehilfen, Gesellen oder Fabrikarbeiter wegen Verabredungen und Vereinigungen zum Behufe der Erlangung günstigerer Lohn- und Arbeitsbedingungen, insbesondere mittels Einstellung der Arbeit oder Entlassung der Arbeiter, werden aufgehoben. Jedem Teilnehmer steht der Rücktritt von solchen Vereinigungen und Verabredungen frei und es findet aus letzteren weder Klage noch Einrede statt.“

¹⁵ Vgl. Art. 159 der Weimarer Reichsverfassung: „Die Vereinigungsfreiheit zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen ist für jedermann und für alle Berufe gewährleistet. Alle Abreden und Maßnahmen, welche diese Freiheit einzuschränken oder zu behindern suchen, sind rechtswidrig.“

¹⁶ Zur Koalitionsfreiheit vgl. Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Art. 9, Anm. 90 ff.

¹⁷ Lerche, P., Verfassungsrechtliche Zentralfragen des Arbeitskampfes, S. 37 ff., 42; Konzen, H., Der Arbeitskampf im Verfassungs- und Privatrechtssystem, AcP 177 (1977), S. 473 ff.; Gamillschegg, F., Zivilrechtliche Denkformen und die Entwicklung des Individualarbeitsrechts, AcP 176, 197 ff. (209), spricht von einer Schrittmacherfunktion des Arbeitsrechts für ein „Recht des schwächeren Partners“.

Zur sozialen Schutzfunktion des Arbeitsrechts vgl. Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7. Aufl., 25 ff.; Nikisch, A., Arbeitsrecht, 3. Aufl., I. Band, 30 ff.; Schaub, G., Arbeitsrechtshandbuch, 3. Aufl., 2 ff.; Söllner, A., Arbeitsrecht, 5. Aufl., 37 ff.; Zöllner, W., Arbeitsrecht, 1 ff.; Wolf, M., Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich, 12 f., 195 ff.; Larenz, AT, 43 ff.; Weitnauer, 18 ff.

¹⁸ Zu der Parallelität des Gedankens der sozialen Rechtfertigung im Arbeits- und im Mietrecht, vgl. Fikentscher, W., Schuldrecht, 4. Aufl., S. 441; Weitnauer, S. 24 ff.

Wohnungsmieters abgeleitet.¹⁹ „Daher ist vor allem dem Wohnmiet- und Pachtrecht ... ein ‚soziales Moment‘ eigen, dem das BGB ursprünglich nur in geringem Maße Rechnung getragen hat.“²⁰ „Tragender Grundgedanke ist es, den Mieter und seine Familie besser zu schützen, als es nach der alten BGB-Regelung möglich war. Der Mieter wird nicht mehr in erster Linie als Konsument eines Wirtschaftsgutes, der im freien Spiel der Kräfte sich behaupten oder unterliegen mag, angesehen, sondern als eine Persönlichkeit, die in dem Bestreben es sich und ihrer Familie einen Bereich friedlicher Abgeschlossenheit, eine echte Heimat zu schaffen, besonderen Schutzes bedarf.“²¹ Kernstück dieses neuen, sozialen Mietrechts ist dabei die Möglichkeit der Fortsetzung eines Mietverhältnisses unter bestimmten Voraussetzungen trotz Kündigung und gegen den Willen des Vermieters sowie der Schutz vor übermäßigen Mieterhöhungen, Regelungen, die seit dem 1. 1. 1975 zum Teil auch ins BGB eingearbeitet worden sind.²² Diese in einzelnen Punkten nicht unangefochten gebliebenen Bestimmungen wurden vom Bundesverfassungsgericht im Hinblick auf das Sozialstaatsprinzip und insbesondere auf die Sozialbindung des Eigentums für verfassungsmäßig erklärt.²³

Am augenfälligsten und, was den Inhalt von bürgerlich-rechtlichen Verträgen betrifft, auch am weitesten gehend, zeigt sich das Bemühen um den Schutz des wirtschaftlich Schwächeren und Unerfahrenen in der gesetzlichen Neuregelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen.²⁴ Nach der Amtlichen Begründung zum Regierungsentwurf kommt diesem Gesetz die Aufgabe zu, die „Überlegenheit des AGB-Verwenders durch Schutzvorschriften zugunsten des AGB-Unterworfenen sachgerecht und vernünftig auszugleichen“, um dadurch den „Wertentscheidungen des sozialen Rechtsstaates Rechnung zu tragen“.²⁵ Damit wurde im Bereich

¹⁹ Vgl. grundsätzlich zu dieser Entwicklung des Mietrechts Larenz, K., Lehrbuch des Schuldrechts, BT, 10. Aufl., S. 138; ders., AT, S. 47ff.; Schmidt-von Rhein, in Handbuch des Verbraucherrechts, Gruppe 110, S. 3 ff.

²⁰ Vgl. Larenz, a. a. O., S. 138.

²¹ Mohnen, H., Der Inhalt des Sozialbegriffs im neuen Mietrecht, in Festschrift für Nipperdey zum 70. Geburtstag, Band 1, S. 605ff., 623.

²² Zur Rechtssituation vor der Einarbeitung vgl. Larenz, BT, Schuldrecht, S. 172ff.; zur aktuellen Situation vgl. Fikentscher, 6. Aufl., S. 443ff.; Palandt/Putzo, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 37. Aufl., Einf. vor § 535, Anm. 13; ders., Art. 3, 2. WKSchG vom 18. 12. 1974 (BGBl. I 3603), Einführung. Der Kündigungsschutz wurde ins BGB eingearbeitet, der sonstige Bestandsschutz, insbesondere gegen ungerechtfertigte Mieterhöhungen, wird durch Art. 3 des 2. WKSchG und das Gesetz zur Regelung der Miethöhe, MHRG geregelt, vgl. a. a. O.

Vgl. auch Pergande, H.-G., Das neue soziale Mietrecht, NJW 1967, S. 129ff.; und zum 1. Mietrechtsänderungsgesetz, Roquette, H., Kündigung von Mietverhältnissen wegen Zahlungsverzugs. Neue Mietprobleme in Schwarz und Weiß, NJW 1964, S. 377ff.

²³ BVerfG, Beschluß 23. 4. 1974, NJW 1974, 1499.

²⁴ AGB-Gesetz, in Kraft getreten am 1. 4. 1977, vom 9. 12. 1976 (BGBl. I, S. 3317).

²⁵ Vgl. BT-Drucks. 7/3919, S. 9 und 13.

Zu den weiteren Materialien des AGB-Gesetzes vgl. Entwurf der Bundesregierung für ein Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, BT-Drucks. 7/3913; Entwurf der CDU/CSU für ein Gesetz über Allgemeine Geschäftsbedingungen, BT-Drucks.

der gesetzlichen Kontrolle der Privatautonomie und der Vertragsfreiheit nach vielen Jahren des Ringens um eine angemessene Lösung schließlich jenen Postulaten Folge geleistet, die schon am Ende des vorhergegangenen Jahrhunderts grundsätzlich erhoben worden waren: „Wo eine wirkliche Vertragsfreiheit fehlt, wo die eine der Parteien ... durch ihre wirtschaftliche Lage genötigt ist, sich auf die Bedingungen der anderen einzulassen, kann der Grundsatz der Vertragsfreiheit nicht unverändert zur Anwendung kommen.“²⁶ Bereits im Jahr 1935 hatte L. Raiser²⁷ nachdrücklich eine umfassende Regelung dieses Bereichs empfohlen, worauf nach langjährigen Bemühungen der Rechtsprechung²⁸ nun durch ein Gesetz, gleichsam zur Wiederherstellung der Gültigkeit der Regelungen des BGB für den Normalfall eines bürgerlich-rechtlichen relevanten Austauschgeschäftes²⁹ der Versuch unternommen wird, die durch das selbstgeschaffene, einseitige Recht der Wirtschaft bewirkten Disparitäten zu beseitigen.

Kernstück des Gesetzes zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist die in den §§ 9–11 statuierte Unwirksamkeit von gewissen, in Allgemeinen Geschäftsbedingungen³⁰ zu Lasten des einen Vertragspartners getroffenen

7/3200; erster Teilbericht der Arbeitsgruppe beim Bundesminister der Justiz, Vorschläge zur Verbesserung des Schutzes der Verbraucher gegenüber Allgemeinen Geschäftsbedingungen, März 1974; zweiter Teilbericht der Arbeitsgruppe beim Bundesminister der Justiz, Vorschläge zur Verbesserung des Schutzes der Verbraucher gegenüber Allgemeinen Geschäftsbedingungen, März 1975; Antrag und Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuß) BT-Drucks. 7/5412 und 7/5422.

Vgl. auch die Zusammenstellung der Materialien bei Dietlein/Rebmann, AGB aktuell, Anhang, S. 223 ff.; zur Entstehungsgeschichte vgl. statt vieler Palandt/Heinrichs, 37. Aufl., S. 2141 ff.; Dietlein/Rebmann, S. 25 ff. jeweils mit weiteren Hinweisen.

²⁶ Abgeordneter Enneccerus anlässlich der Beratung des Abzahlungsgesetzes 1894, Reichstagsprotokolle 1894, S. 870 D.

²⁷ Raiser, L., Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen, S. 99 ff.

²⁸ Vgl. dazu insbesondere Schmidt-Salzer, Allgemeine Geschäftsbedingungen, 1. Aufl. (NJW-Schriftenreihe, Heft 11), S. 18 ff.

²⁹ Vgl. zu diesem Verständnis des AGB-Gesetzes als eines Gesetzes zur Wiedereinführung der Gültigkeit der Regelungen des BGB im Normalfall eines bürgerlich-rechtlichen Austauschgeschäftes: Löwe/v. Westphalen/Trinkner, Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen, S. 18; Schmude, I., Verbraucherschutz und Vertragsfreiheit, in: Festschrift für Kurt Ballerstedt, S. 481 ff.; Franceschelli/Lehmann, La nuova legge tedesca sulle condizioni generali di contratto (Das neue deutsche Gesetz zur Regelung der allgemeinen Geschäftsbedingungen), Foro Italiano 1978, V., S. 35 ff.; Lieb, M., Sonderprivatrecht für Ungleichgewichtslagen? Überlegungen zum Anwendungsbereich der sogenannten Inhaltskontrolle privatrechtlicher Verträge, AcP 178, 196 ff.

³⁰ Bezeichnenderweise ist kurz nach Erlass des AGB-Gesetzes die Diskussion über das Vorliegen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen erneut wieder aufgelebt; Anlaß gab dazu BGH 15. 12. 1976, NJW 1977, 624. Vgl. Löwe, W., Voraussetzungen für ein Aushandeln von AGB, NJW 1977, 1328; Heinrichs, H., Der Rechtsbegriff der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, NJW 1977, 1505; Wolf, M., Individualvereinbarungen im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, NJW 1977, 1938.

Um die verbraucherschützende Wirkung des Gesetzes nicht zu schmälern, sollten an den Tatbestand des individuellen Aushandelns gemäß § 1 Abs. 2 AGB-Gesetz strenge Anforderungen gestellt werden; vgl. dazu auch BGH 8. 11. 1978, BB 1979, 694 ff.

Bestimmungen, die unter dem Gesichtspunkt einer auf einen gerechten und billigen Interessenausgleich angelegten Vertragsrechtsordnung nicht hingenommen werden können.³¹

Hinsichtlich der Kontrolle des Inhalts von bürgerlich-rechtlichen Verträgen stellt das AGB-Gesetz wohl die bedeutsamste gesetzgeberische Maßnahme seit Inkrafttreten des BGB dar, die auch im europäischen Ausland im Zusammenhang mit Bemühungen der Rechtsvereinheitlichung des Zivilrechts große Beachtung findet.³² Der Grundgedanke der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie kann seine freiheitssichernde und ordnende Funktion nur dann systementsprechend erfüllen, wenn die Vertragsparteien den Inhalt ihrer privatrechtlichen Beziehungen ausgehend von zumindest annähernd gleichen Verhandlungspositionen frei aushandeln, so daß eine gewisse Richtigkeitsgewähr und Billigkeitskontrolle für den gegenseitigen Interessenausgleich gegeben ist. Die Vertragsfreiheit darf für den Verbraucher durch das Verhalten der Verwender von Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht zur bloßen Abschlußfreiheit verkürzt werden.³³

Gleichfalls erwähnt werden sollen in diesem Zusammenhang das Gesetz zum Schutz der Teilnehmer am Fernunterricht,³⁴ das Gesetz über den Vertrieb ausländischer Investmentanteile,³⁵ das Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften,³⁶ das neue Gesetz über den Reiseveranstaltungsvertrag und der Entwurf eines Gesetzes über finanzierte Rechtsgeschäfte und über Maklerverträge.³⁷ Auch diese Vorschriften

³¹ Vgl. Lieb, AcP 178, 205 ff.

³² Vgl. dazu Hondius, E. H., Verbraucherinformation und Allgemeine Geschäftsbedingungen, Kolloquium über Verbraucherinformationen, Kommissionsbericht 2, S. 75 ff., 81; Franceschelli/Lehmann, a. a. O., Foro Italiano 1978, V., 35 ff.; vgl. in diesem Zusammenhang auch das neue österreichische Konsumentenschutzgesetz vom 8. 3. 1979, § 6 ff., Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich 1979, S. 775 ff.

³³ Dietlein/Rebmann, S. 25; Franceschelli/Lehmann, a. a. O., For. It. 1978, V., 35 ff. Vgl. in diesem Zusammenhang auch Roscher, F., Vertragsfreiheit als Verfassungsproblem. Dargestellt am Beispiel der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, S. 17 ff.; Wolf, M., Entscheidungsfreiheit, S. 156 ff. Wolf nimmt zu Recht eine Beschränkung der Entscheidungsfreiheit schon dann an, wenn die Interessen an der Vertragsleistung die für die Bewertung der Nebenbedingungen, also z. B. ungünstige AGBs, entscheidenden Interessen überwiegen.

³⁴ Fernunterrichtsschutzgesetz – FernUSG vom 24. 8. 1976, BGBl. I, 2525; Dörner, H., Verbraucherschutz bei privatem Direktunterricht, NJW 1979, 241 ff.

³⁵ AuslInvestmG vom 28. 7. 1969, BGBl. I, 986.

³⁶ KAGG vom 14. 1. 1970, BGBl. I, 127; s. auch Hopt, ZHR 140 (1976) 201 ff.; ZHR 141 (1977) 389 ff.

³⁷ Vgl. den Entwurf samt der Begründung in der gleichnamigen Broschüre, hrsg. v. Bundesministerium der Justiz mit einem Vorwort von de With, H.; sowie Petev, V., Zur Neuregelung des Reiseveranstaltungsvertrags, JZ 1976, 632 ff.; zum Gang der Gesetzgebungsarbeiten vgl. Handelsblatt 14. 10. 1976, S. 5; 11. 10. 1978, S. 4; 17. 10. 1978, S. 3. Danach stehen auf der Prioritätenliste des Bundesministeriums der Justiz der Reiseveranstaltervertrag und der Maklervertrag „ganz vorn an“; vgl. auch SZ 7./8. 4. 1977: „Pauschalreisende sollen besser geschützt werden.“

Das am 1. 10 1979 in Kraft getretene neue Reisevertragsrecht ist jedoch immer noch sehr umstritten, s. „Reisen ohne Risiko?“, in DM, Heft 3/1979, S. 14 ff.; Bartl, H., Das neue

dienen der Verbesserung des Schutzes des wirtschaftlich Schwächeren oder Unerfahrenen.

Das Fernunterrichtsgesetz kennt u. a. in § 4 eine dem Widerrufsrecht des Abzahlungsgesetzes weitgehend entsprechende Rücktrittsmöglichkeit vom Vertrag, in § 17 ein grundsätzliches Mitwirkungsverbot für Vertreter beim Vertragsabschluß und in § 3 die gesetzliche Vorschrift der notwendigen Form und des Inhalts eines Fernunterrichtsvertrags.³⁸ Die im Fernunterrichtswesen deutlich zutage getretenen Mißstände, rüde Werbemethoden, Lieferung qualitativ ungenügenden Lehrmaterials und insbesondere hinsichtlich der Kündigungsmöglichkeiten abnehmerfeindliche Vertragsgestaltungen, sollen durch dieses Gesetz beseitigt werden.

Das Auslandinvestmentgesetz und das Kapitalanlagegesellschaftengesetz dienen dem Anlegerschutz.³⁹ Es soll sichergestellt werden, daß nicht wertlose ausländische „Pfennigpapiere“ z. B. durch Haustürgeschäfte an unwissende Abnehmer vertrieben werden. Das Auslandinvestmentgesetz schreibt daher eine öffentliche Aufsicht durch das Bundesaufsichtsamt für Kreditwesen über den Vertrieb von ausländischen Investmentanteilen vor und gewährt den Käufern derartiger Wirtschaftsgüter bei einem Vertragsabschluß außerhalb ständiger Geschäftsräume in § 11 eine zweiwöchige Widerrufsfrist.

Das Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften unterstellt inländische Gesellschaften, deren Gesellschaftszweck auf die Anlage von Geldvermögen gerichtet ist, den gesetzlichen Vorschriften für Kreditinstitute und damit der Aufsicht nach dem Gesetz über das Kreditwesen⁴⁰ und schreibt strenge Anforderungen an die Voraussetzungen für die Erlaubnis zum Geschäftsbetrieb, etwa den Nachweis des Vorhandenseins und der Einzahlung ausreichenden Nennkapitals, vor. Öffentlich angebotene Vermögensanlagen sollen außerdem durch ein neues Gesetz über den Vertrieb

„Reisevertragsrecht“, NJW 1979, 1384 ff., Gilles, P., Verbraucherpolitische Vertragsrechtsreformen im Bürgerlichen Gesetzbuch, ZRP 1979, 265 ff.; Löwe, W., Das neue Reisevertragsgesetz, BB 1979, 1357; Teichmann, A., Die Struktur der Leistungsstörungen im Reisevertrag, JZ 1979, 737; Brox, H., Das Reisevertragsgesetz, JA 1979, 493.

Zum Maklervertrag s. Brandt, ZRP 1978, 57; Becker, ZRP 1978, 284; vgl. den Gesetzesentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes über finanzierte Rechtsgeschäfte und über Maklerverträge vom 27. 9. 1979, BT-Drucks. 8/3212.

³⁸ Vgl. dazu Heinemann, in Handbuch des Verbraucherrechts, Gruppe 140, S. 30 ff.; Dörner, H., Zur Anwendung des Fernunterrichtsschutzgesetzes, BB 1977, 1739 ff.; Bartl, H., Das neue Fernunterrichtsschutzgesetz, NJW 1976, 1933 ff.; zu den aufgetretenen Mißständen s. statt vieler „ABI-Info“ der Aktion Bildungsinformation e. V., Stuttgart; dieser Verbraucherschutzverein hat auch an den Gesetzgebungsarbeiten maßgeblich mitgewirkt.

³⁹ Vgl. in diesem Zusammenhang auch den Entwurf eines Gesetzes über den Vertrieb von Anteilen an Vermögensanlagen, BT-Drucks. 8/1405 (Prospektpflicht, Prospektprüfung und Prospekthaftung); sowie das Urteil des BGH 8. 2. 1978, GRUR 1978, 380 – Abonnentenberatung (Haftung für eine Anlageempfehlung in einem Börsendienst).

⁴⁰ KWG in der Fassung vom 3. 5. 1976, BGBl. I, 1121. Das Bundesaufsichtsamt für Kreditwesen übt gemäß § 6 KWG die Aufsicht über alle Kreditinstitute aus. Indem § 2 KAGG die inländischen Kapitalanlagegesellschaften als Kreditinstitute definiert, unterstellt es diese der Aufsicht des Bundesaufsichtsamts für Kreditwesen.

von Anteilen an Vermögensanlagen⁴¹ einer umfangreichen Prospekthaftung sowie einer Prospektprüfung durch das Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen unterworfen werden, die die Wirkungen des Anlegerschutzes des Ausländerinvestmentgesetzes und des Kapitalanlagegesellschaftengesetzes verstärken sollen.⁴²

Als wichtiger Beitrag der Rechtsprechung zur Rechtsfortbildung im Bereich des Schutzes des wirtschaftlich Schwächeren im Privatrecht muß schließlich noch die Ausgestaltung der Produzentenhaftung⁴³ Erwähnung finden, wenn auch grundsätzlich zur Lösung dieses Problems de lege ferenda die Einführung einer Gefährdungshaftung zu begrüßen wäre.⁴⁴ Die teilweise Beweislastumkehr zu Lasten des Herstellers verbessert wesentlich die Rechtsdurchsetzung von Schadensersatzansprüchen der durch dessen Produkte geschädigten Käufer oder Verwender und kann daher

⁴¹ Vgl. Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 21. 1. 1967, BT-Drucks. 8/1405; dieses Gesetz soll insbesondere den Wildwuchs der sog. Abschreibungsgesellschaften zwar nicht mit steuerrechtlichen, aber zivilrechtlichen Mitteln beschneiden. Vgl. kritisch dazu Ulmer, P./Dopfer, Anlegerschutz und Gesellschaftsrecht. Zur Problematik der Prospekthaftung von Publikumskommanditgesellschaften nach dem Regierungsentwurf eines Vermögensanlagengesetzes, BB 1978, 461 ff.; s. auch Schneider, U. H., Sonderrecht für Publikumpersonengesellschaften. Überlegungen zum Anlegerschutz im Gesellschaftsrecht, ZHR 142 (1978) 228.

⁴² Vgl. Begründung, a. a. O., S. 9; vgl. umfassend zu diesem Problemkreis, Schwark, E., Anlegerschutz durch Wirtschaftsrecht, passim.

⁴³ Vgl. dazu das grundlegende und die Literaturdiskussion zumindest vorläufig abschließende Urteil des BGH vom 26. 11. 1978 (Hühnerpest), NJW 1969, 269 mit Anm. von Diederichsen. Vgl. die Fortführung dieser Rechtsprechung, BGH 19. 6. 1973 (Feuerwerkskörper), NJW 1973, 1602; 19. 2. 1975 (Haartonium), NJW 1975, 824; 3. 6. 1975 (Spannkupplung), NJW 1975, 1827; 7. 10. 1975 (Ölabfälle), NJW 1976, 46; 29. 6. 1977 (Pflanzenschutzmittel), BB 1977, 1373; 24. 11. 1976 (Schwimmschalter), NJW 1977, 379.

Zur Diskussion in der Literatur vgl. grundlegend, Lorenz, W., Rechtsvergleichendes zur Haftung des Warenherstellers, in Festschrift für Nottarp, Karlsruhe 1961, S. 59 ff., sowie ders., Einige rechtsvergleichende Bemerkungen zum gegenwärtigen Stand der Produkthaftungspflicht im deutschen Recht. Zur Entscheidung des Bundesgerichtshofs im „Hühnerpest“-Fall, RabelsZ 34 (1970), S. 17 ff.; Canaris, C. W., Die Produzentenhaftung in domatischer und rechtspolitischer Sicht, JZ 1968, 494; Diederichsen, U., Die Haftung des Warenherstellers; Steindorff, E., Repräsentanten- und Gehilfenversagen und Qualitätsregeln in der Industrie, AcP 1970, 1593; v. Westphalen, Neue Gesichtspunkte für die Produzentenhaftung, BB 1971, 152; Dunz/Kraus, Haftung für schädliche Ware, S. 13 ff. jeweils mit weiteren Literatur- und Rechtsprechungshinweisen.

Vgl. auch den Überblick zur Rechtsentwicklung bei Palandt/Thomas, § 823, Anm. 16; Diederichsen, U., Wohin treibt die Produzentenhaftung?, NJW 1978, 1281 ff.

⁴⁴ Vgl. Simitis, S., Soll die Haftung des Produzenten gegenüber dem Verbraucher durch Gesetz, kann sie durch richterliche Fortbildung des Rechts geordnet werden? In welchem Sinne?, in Verhandlungen des 47. Deutschen Juristentags (1968), Band I, Gutachten, München 1968 C, 1 ff.; sowie die Beiträge und Beschlüsse, Band II, Sitzungsberichte, Abt. M, 1 ff. Vgl. in diesem Zusammenhang auch den EG-Richtlinienentwurf zur Schaffung einer verschuldensunabhängigen Haftung des Herstellers, Bulletin der Europäischen Gemeinschaften, Beilage 11/76, S. 77. (Entwurf einer Richtlinie); s. auch v. Hülsen, H.-V., Ist die von der EG-Kommission vorgeschlagene Form der strikten Produzentenhaftung eine gute Lösung?, RIW/AWD 1977, 373 ff.; Handelsblatt 7./8. 10. 1977, S. 31: „Produzentenhaftung wird weiter verschärft. Zum restriktiven Kurs der nationalen Rechtsprechung tritt demnächst ein neues EG-Recht.“ Zur Europarats-Konvention s. Lorenz, RIW/AWD 1975, 246; v. Hippel, BB 1978, 721.

mit Fug und Recht als ein Durchbruch des höchsten deutschen Zivilgerichts zu einem verstärkten Verbraucherschutz bezeichnet werden,⁴⁵ auch wenn damit noch nicht endgültig eine zeitgemäße Lösung dieses Problems der Produzentenhaftung gefunden worden ist.⁴⁶

Dieser kurze Überblick zeigt, daß gerade in den letzten Jahren entscheidende Schritte der Rechtsfortbildung zur Verbesserung des Verbraucherschutzes unternommen worden sind.⁴⁷ Zugleich wird aber auch deutlich, daß mit Ausnahme der Produzentenhaftung prinzipieller Schwerpunkt dieser Reformen die Bemühungen um eine Verbesserung der Kontrollmöglichkeiten *des Inhalts* von bürgerlich-rechtlichen Verträgen waren; die Vertragsfreiheit in bezug auf die Gestaltungsmöglichkeit des Inhalts von privatrechtlichen Verträgen wurde durch gesetzliche Vorschriften eingeschränkt, wie dies z. B. die einzelnen Vorschriften des Abzahlungsgesetzes, des AGB-Gesetzes, des Fernunterrichtsschutzgesetzes und das Gesetz über den Reisevertrag besonders gut veranschaulichen. Der Bereich der *Vertragsanbahnung* wird direkt von diesen Reformen nicht erfaßt.

3. Das Schutzdefizit hinsichtlich der Vertragsanbahnung von Kaufverträgen

Trotz dieser zahlreichen Reformen auf dem Gebiet des Privatrechts muß auch heute immer noch ein rechtliches Schutzdefizit des wirtschaftlich Schwächeren bzw. Unerfahrenen auf der Nachfrageseite im bürgerlichen Recht festgestellt werden. Insbesondere auf dem Gebiet der Vertragsanbahnung von Letztverbraucher-Kaufverträgen⁴⁸ ist ein entscheidender Wandel, etwa in Richtung auf die Schaffung eines

⁴⁵ Vgl. Diederichsen, NJW 1969, 269.

⁴⁶ Kritisch dazu Lorenz, RabelsZ 34 (1970), S. 14. Vgl. auch oben Fußn. 44.

Zur Kritik an der Prüfzeichen-Entscheidung des BGH vom 14. 5. 1974 s. unten bei Fußn. 52 ff.

⁴⁷ Vgl. weitere Einzelheiten zur aktuellen Rechtssituation bei Simitis, S. 21 ff.; v. Hippel, S. 28 ff.; Reich/Tonner/Wegener, S. 1 ff.

Vgl. insgesamt dazu auch Bartl, Verbraucherschutz im Durchbruch, ZRP 1976, 13.

⁴⁸ Vgl. dazu insbesondere Schricker, G., Wettbewerbsrechtliche Aspekte des Verbraucherschutzes, RabelsZ 40 (1976), S. 535 ff., 559 f.; Esser/Schmidt, S. 5 ff.; v. Hippel, S. 38 ff.; Reich/Tonner/Wegener, S. 137 ff.; Simitis, S. 78; Sack, R., Unlauterer Wettbewerb und Folgeverträge, Frankfurt a. M. 1974, S. 5 ff. (= WRP 1974, 445 ff.); Trinkner, R., Schutz des Verbrauchers vor irreführender Werbung, BB 1975, 1493 ff.; Trescher, Möglichkeiten und Grenzen des vertraglichen Verbraucherschutzes, BB 1976, 523 ff.; Bartl, Verbraucherschutz im Durchbruch, ZRP 1976, 13 ff.

Vgl. auch die Begründung des Entwurfs eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, S. 24: „Mit den Mitteln des bürgerlichen Rechts läßt sich in diesen Fällen (unlauteren Geschäftspraktiken) nur sehr begrenzt helfen.“ Vgl. auch Kommission für wirtschaftlichen und sozialen Wandel, a. a. O., S. 405 f., sowie die Beschlüsse der Kommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität (Westerländer Beschlüsse vom 7.-11. 4. 1975), wiedergegeben in edition-ZAW, Diskussionspapier zur Werberechtspolitik, S. 143 ff.; Kommission der Europäischen Gemeinschaften/Fakultät für Rechts- und Wirt-

„sozialen Kaufrechts“ noch nicht zu verzeichnen. Der Ausbau der inhaltlichen Kontrolle von allgemeinen Geschäftsbedingungen ist sicherlich ein bedeutsamer erster Schritt in diese Richtung; diese Kontrolle kann aber nur verbraucherfeindliche Geschäftsbedingungen auf die „verbraucherindifferenten“ Bedingungen des BGB zurückführen. Ein „soziales Kaufrecht“ wird damit noch nicht geschaffen,⁴⁹ und der Bereich der Vertragsanbahnung bleibt ebenfalls im wesentlichen davon unberührt. Eine Kontrolle von oder eine Haftung für Werbeangaben kennt das AGB-Gesetz nicht; lediglich im Zusammenhang mit dem Aushandeln von Vertragsbedingungen können sich gewisse Berührungspunkte ergeben.

Im ganzen hat der Attentismus im bürgerlichen Recht dazu geführt, daß die eigentlich relevanten rechtsfortbildenden Schritte nicht innerhalb der klassischen Kodifikation des bürgerlichen Rechts selbst, sondern außerhalb in „sonderprivatrechtlichen“ Nebengesetzen unternommen wurden bzw. werden.⁵⁰ Originär bürgerlich-rechtliche Materien, die rechtssystematisch vernünftigerweise in den allgemeinen Teil oder das Schuldrecht eingeordnet werden müßten, Widerrufsrechte, Rücktrittsvorbehalte, Schadensersatzansprüche und die Regelung spezieller Voraussetzungen für das rechtswirksame Zustandekommen von schuldrechtlichen Verträgen, wie etwa im Abzahlungsgesetz, wurden außerhalb des Bürgerlichen Gesetz-

schaftswissenschaften der Universität Montpellier, Die gerichtlichen und außergerichtlichen Möglichkeiten des Verbraucherschutzes, Kolloquium Brüssel 1976, insbesondere S. 223 ff.: Reich, „Die gerichtlichen und außergerichtlichen Schutzmöglichkeiten des Verbrauchers im Recht der Bundesrepublik Deutschland“, v. Hippel, Gerichtliche und außergerichtliche Möglichkeiten des Verbraucherschutzes in rechtsvergleichender Sicht.

Zur rechtstatsächlichen Bestätigung dieser Feststellungen s. o. I. 4.

Dies liegt vor allem auch daran, daß das neue Rechtsgebiet „Verbraucherschutzrecht“ als solches von der Wissenschaft und Praxis noch nicht richtig entdeckt und erkannt worden ist, vgl. Schricker, G., Verbraucherschutzrecht – ein neues Rechtsgebiet?, GRUR Int. 1976, 315 ff. Eine wissenschaftliche Gesamtdarstellung dieses Gebiets steht noch aus; erste Ansätze dazu finden sich in der Monographie von E. v. Hippel, Verbraucherschutz, 2. Aufl., 1979.

⁴⁹ Vgl. Schricker, RabelsZ 40 (1976), S. 559.

⁵⁰ Neben den bereits oben bei Fußn. 34 ff. erwähnten Gesetzen (AGB-Gesetz, FernUSG, Ausl.-InvestmG, KAGG) zeigen die aktuellen Reformbemühungen zum UWG deutlich, daß auch der Gesetzgeber die klassischen bürgerlich-rechtlichen Instrumente heute nicht mehr für ausreichend hält, um die Nachfrageseite angemessen zu schützen. Die neu zu schaffenden Anspruchsgrundlagen im Wettbewerbsrecht sollen dieses Defizit ausgleichen; s. Krieger, A., Möglichkeiten einer Verstärkung des Schutzes gegen unlauteren Wettbewerb, WRP 1978, 1 ff.; ders., Zum Schadensersatzanspruch des Verbrauchers bei irreführender Werbung, BB 1978, 625; Reich, N., UWG-Reform und Verbraucherschutz, ZRP 1978, 100; Schricker, G., GRUR 1979, 1.

Zur Kritik an dieser Weiterentwicklung des Privatrechts „außerhalb des BGB“ vgl. insbesondere Tilmann, ZHR 142 (1978), S. 53 f.; Damm, JZ 1978, 173; Lieb, AcP 1978, 196 ff.; Westermann, AcP 178, 150 ff.; Wolf, A., ZRP 1978, 249; Gilles, JA 1980, 1 ff.

Vgl. in diesem Zusammenhang auch Mertens, H.-J., Kollektivrechtlicher Schadensersatz als Mittel des Verbraucherschutzes, ZHR 138 (1975), S. 438 ff., 451: „Insofern ist hier ein soziales Ausgleichsproblem gegeben; daß es mit den herkömmlichen Mitteln unseres Privatrechts nicht ohne weiteres lösbar erscheint, darf nicht dazu führen, es als privatrechtliches Problem zu verdrängen.“

buchs neu geregelt, währenddessen notwendige eigene Entwicklung stagniert.⁵¹ Insbesondere die Vorschriften über Anfechtung, Gewährleistung und die von der Rechtsprechung erarbeiteten Voraussetzungen der Haftung für vorvertragliches Verschulden können mit dem Wandel den wirtschaftlichen Gegebenheiten, wie im einzelnen noch näher aufgezeigt werden wird, nicht ausreichend Schritt halten.

Die Rechtsprechung hat mit der Prüfzeichenentscheidung des BGH vom 14. Mai 1974⁵² – mutmaßlich wegen eventueller Schwierigkeiten der Abstimmung mit dem neuentwickelten Institut der deliktsrechtlichen Produzentenhaftung – eine mögliche Weiterentwicklung des Rechts der unerlaubten Handlungen zur Verbesserung des privatrechtlichen Schutzes gegenüber Marketingmaßnahmen der Angebotsseite schroff abgeschnitten: Es wurde für Recht erkannt, daß § 3 UWG nicht als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB zu betrachten sei. Der BGH führte dazu in knapper Begründung aus:

„Dem BerG ist auch darin zu folgen, daß sich die Klägerin für ihren Ersatzanspruch nicht auf eine Verletzung von § 3 UWG in Verbindung mit § 823 Abs. 2 BGB berufen kann. Die bei einem schuldhaften Verstoß gegen § 3 UWG eingreifende Sonderregelung des § 13 Abs. 2 UWG schließt die Anwendung von § 823 Abs. 2 BGB aus (RG in GRUR 1940, 375, 378; ebenso Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Bd. I, 10. Aufl., § 3 UWG, Rdn. 360). Wenn der I. Zivilsenat des BGH in seinem Urteil vom 30. November 1954 (BGHZ 15, 338, 355/356) davon gesprochen hat, § 3 UWG sei ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB, so steht dies nicht entgegen. Denn dort ging es allein darum, ob neben dem Gerichtsstand des § 24 UWG auch der des § 32 ZPO gegeben sein könnte; das aber ist schon deshalb der Fall, weil unerlaubte Handlungen im Sinne des § 32 ZPO nicht nur Delikte der §§ 823 ff. BGB sind, sondern auch Verstöße gegen das Wettbewerbsrecht, vor allem gegen § 3 UWG. Im übrigen ist auch der I. Zivilsenat in späteren Entscheidungen davon ausgegangen, daß die Haftungsregelung des Wettbewerbsrechts die Schadensersatzpflicht aus § 823 Abs. 1 BGB verdrängt (so hinsichtlich der Verjährung vgl. BGHZ 36, 252, 257 – Gründerbildnis – mit weiteren Nachweisen; BGH-Urteil vom 27. November 1963, GRUR 1964, 218, 219 – Düngealkhandel).“⁵³

⁵¹ Aus dem Bundesministerium der Justiz ist bekannt, daß ein konkretes Gesetzgebungsvorhaben zur Modernisierung des Bereichs der Vertragsanbahnung oder des Kaufrechts nicht vorliegt; vgl. neuerdings aber Wolf, A., Weiterentwicklung und Überarbeitung des Schuldrechts, ZRP 1978, 249 ff.

⁵² NJW 1974, 1503 = GRUR 1975, 150; diese Entscheidung wurde vom VI. Senat erlassen.

⁵³ GRUR 1975, 150–151. Dieser Entscheidung liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Die Beklagte hatte von ihr hergestellte Kunststoffrohre aufgrund eines Vertrags mit dem Deutschen Verein von Gas- und Wasserfachmännern (DVGW) mit dem Prüfzeichen dieses Vereins versehen. Die Klägerin kaufte im Handel Rohre der Beklagten, die nicht den für die Führung des Prüfzeichens des DVGW aufgestellten Qualitätsanforderungen entsprachen. Es kam an den Wasserleitungen zu Rohrbrüchen, für die die Klägerin von ihren Kunden in Anspruch genommen wurde. Sie behauptete, die Beklagte habe dem DVGW besseres Material als das tatsächlich verkaufte vorgelegt, um die Erlaubnis zur Führung des Prüfzeichens zu bekommen. Durch die Kennzeichnung der Rohre mit dem Prüfzeichen des DVGW habe sie bewußt die Abnehmer über die mindere Qualität getäuscht. Der BGH lehnte, wie die Vorinstanz, einen Schadensersatzanspruch der Klägerin unter Unterstellung der Richtigkeit ihres Vorbringens ab: Ein Qualitätszeichen enthalte keine Garantiezusage, der Gedanke des Warenvertrauens reiche zur Abnahme einer haftungsrechtlichen Sonderbeziehung nicht aus und würde nicht nur das Rechtsinstitut der Gewährleistung im Kaufrecht in Frage stellen, sondern dem Her-

Damit wurde faktisch der Judikatur mit einer sehr formalen Begründung die Möglichkeit versperrt, Absatzbemühungen der Angebotsseite als Grundlage für eine zivilrechtliche Haftung nach Deliktsrecht zu betrachten. Diese Entscheidung ist daher auch zu Recht auf scharfe Kritik in der Literatur gestoßen. Insbesondere Schricker,⁵⁴ Sack,⁵⁵ Fricke⁵⁶ und Tilmann⁵⁷ verweisen auf den Funktionswandel des UWG und die Erweiterung seines Schutzzwecks um den Verbraucher- bzw. Abnehmerschutz,⁵⁸ so daß nach heute allgemein vertretener Auffassung dem UWG, entgegen der Meinung des BGH, die Qualität eines Schutzgesetzes zugunsten der Verbraucher zugesprochen werden muß.⁵⁹

Auch aus § 13 Abs. 2 UWG kann nicht gefolgert werden, daß § 3 UWG kein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB sein könne, weil diese Vorschrift den wettbewerbsrechtlichen Schadensersatz erschöpfend regle, will man nicht die unterschiedlichen Gruppen der Gewerbetreibenden und der Verbraucher und damit zugleich Fragen der Tatbestandsmäßigkeit mit Problemen der Anspruchskonkurrenz

steller ein nicht mehr berechenbares Risiko aufbürden, das er weder in der Preiskalkulation noch versicherungsmäßig hinreichend auffangen könne. Zudem fände es in dem vom Verbraucher in der Lebenswirklichkeit tatsächlich in Anspruch genommenen Vertrauen in der Mehrzahl der Fälle keine Grundlage. Der BGH stellt allerdings eine gesetzliche Änderung des Kaufrechts durchaus anheim. § 823 Abs. 2 BGB erscheint ihm bereits durch § 13 Abs. 2 UWG ausgeschlossen.

Vgl. auch LG Frankfurt, NJW 1964, 501; § 1 UWG ist für den auf unlautere Weise erworbenen Käufer kein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB.

⁵⁴ Vgl. Schricker, G., Schadensersatzansprüche der Abnehmer wegen täuschender Werbung. Betrachtungen im Anschluß an die Prüfzeichen-Entscheidung des BGH vom 14. 5. 1974, GRUR 1975, 111ff.; vgl. auch ders., in ZRP 1975, 189ff. Soll der einzelne Verbraucher ein Recht zur Klage wegen unlauteren Wettbewerbs erhalten?; ders., in ZHR 138 (1975), 208ff., Möglichkeiten zur Verbesserung des Schutzes der Verbraucher und des funktionsfähigen Wettbewerbs im Recht des unlauteren Wettbewerbs; sowie ders., a. a. O., RabelsZ 40 (1967) 560.

⁵⁵ Sack, R., Folgeverträge, S. 30ff., ders., Deliktsrechtlicher Verbraucherschutz gegen unlauteren Wettbewerb, NJW 1975, 1303; ders., Produzentenhaftung nach § 823 Abs. 2 in Verbindung mit § 3 UWG, BB 1974, 1369ff.; ders., Schadensersatzansprüche wettbewerbsgeschädigter Verbraucher, in Konsumentenschutz in Privat- und Wirtschaftsrecht, S. 99ff.; ders., Individualschutz des Konsumenten vor den Folgen unlauteren Wettbewerbs nach deutschem und österreichischem Deliktsrecht, ÖJZ 1976, 309ff.

⁵⁶ Fricke, F. W., Verbraucherschutz – Klagerecht des Verbrauchers und der Verbraucherverbände aus UWG und BGB, GRUR 1976, 680ff., 683.

⁵⁷ Tilmann, W., ZHR 141 (1977), 37, 38.

⁵⁸ Vgl. neben a. a. O., Fußn. 54–57 auch Schricker/Lehmann, Gruppe 180, Rdz. 9ff. Mit der Einführung der Verbraucherverbandsklage 1965 (§ 13 Abs. 1 a UWG) hat auch der Gesetzgeber diesen Funktionswandel bestätigt. Vgl. in diesem Zusammenhang auch Lehmann, M., Die Werbung mit Geschenken, S. 193ff.; Lindacher, W., Grundfragen des Wettbewerbsrechts, BB 1975, 1311ff.

⁵⁹ Vgl. außer den in Fußn. 54–57 Genannten auch Mertens, ZHR 139 (1975) 460; Trinkner, BB 1975, 1495.

A. A., der Rechtsprechung des BGH folgend, Palandt/Thomas, § 823, Anm. 9g, obwohl andererseits die StVZO, das LebMG, ArzneiMG und das MaschinenschutzG als Schutzgesetze des Verbrauchers beurteilt werden, vgl. a. a. O., § 823, Anm. 16 D b.

vermischen⁶⁰ und die systematischen Unterschiede der wettbewerbsrechtlichen gegenüber den bürgerlich-rechtlichen deliktischen Haftungsgrundlagen unberücksichtigt lassen.

Andere Senate des BGH hatten übrigens in vorhergegangenen Entscheidungen den § 3 UWG ausdrücklich als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB bezeichnet,⁶¹ so daß die Prüfzeichenentscheidung eher als ein Bruch mit der früheren Rechtsprechung denn als deren konsequente Weiterführung in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung in der Literatur bezeichnet werden könnte.⁶² Vielleicht wollte jedoch das Gericht die diffizile Abstimmung mit der Produzentenhaftung dem Gesetzgeber überantworten und schreckte davor zurück, mit der Gewährung allgemeiner deliktsrechtlicher Schadensersatzansprüche aufgrund unlauterer Werbung ein möglicherweise nur schwer systemverträgliches und nicht für jeden Fall schon genügend differenziertes Haftungsrecht für die moderne Wirtschaftswerbung zu schaffen.⁶³

Neben anderen Überlegungen fühlte sich der Gesetzgeber aufgrund dieser restriktiven Rechtsprechung des BGH dazu aufgerufen, durch eine Neuregelung des Sanktionssystems des UWG dieses Schutzdefizit zu Lasten der Nachfrager abzubauen. In der Begründung zum jüngsten Entwurf einer Novelle zum UWG⁶⁴ liest man diesbezüglich: „Die Bundesregierung . . . hält es . . . für geboten, daß dem Gedanken des Verbraucherschutzes auch im Bereich der zivilrechtlichen Rechtsfolgen der im UWG enthaltenen Verbote stärker als bisher Rechnung getragen wird.“⁶⁵

⁶⁰ Sack, BB 1974, 1370.

⁶¹ Vgl. BGHZ 15, 355 (GEMA-Urteil): „Da § 3 UWG ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB darstellt, ist der Gerichtsstand des Tatorts der unerlaubten Handlung (§ 32 ZPO) wahlweise neben dem Gerichtsstand aus § 24 UWG gegeben.“ BGHZ 41, 317: „Allerdings sind nach einhelliger Auffassung die Vorschriften des Wettbewerbsgesetzes Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB.“ In den vom BGH in der Prüfzeichen-Entscheidung als Beleg für seine Meinung zitierten Entscheidungen BGHZ 36, 257 (Gründerbildnis) und vom 27. 11. 1963 (Düngekalkhandel), GRUR 1964, 218, wurde nur entschieden, daß auch einem Deliktsanspruch gemäß § 823 Abs. 2 in Verbindung mit der Verletzung eines Schutzgesetzes die Einrede der Verjährung bereits schon nach Ablauf der kurzen Frist des § 21 UWG (6 Monate nach Kenntnis bzw. 3 Jahre ohne Rücksicht auf diese Kenntnis) im Gegensatz zu § 852 BGB (3 Jahre) entgegengehalten werden kann. Vgl. dazu auch Schrickler, GRUR 1975, 112.

⁶² Zur Darstellung der herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur, vgl. Schrickler, GRUR 1975, 115, insbesondere die Nachweise bei Fußn. 35, 36 sowie S. 116; vgl. auch ders., Gesetzesverletzung, S. 89 ff.

⁶³ Vgl. Tilmann, ZHR 141 (1977) 88, spricht sogar von einem Sperrgebot des Gesetzgebers, das diesen seinerseits in Zugzwang gebracht habe.

⁶⁴ BR-Drucks. 226/78, Gesetzesentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 26. 5. 1978. Auf die Prüfzeichen-Entscheidung des BGH wird in der Begründung ausdrücklich auf S. 15 hingewiesen.

⁶⁵ Ausdrücklich verwiesen wird dabei auf folgende mit dem Gesetzgebungsvorhaben übereinstimmende Äußerungen: Rechtspolitischer Kongreß der CDU/CSU vom 4./5. 12. 1975; Hillermeier, Bayerische Staatszeitung vom 14. 5. 1976, S. 1; ders., Material zu Problemen der Verbraucherpolitik, 1976, S. 30/35; Verbraucherpolitische Grundsätze der CDU vom 28. 7. 1976, Nr. 4.4; Beschluß des SPD-Parteivorstands vom 7. 5. 1976 zur Verbraucherpolitik,

Und weiter: „Mit den Mitteln des Bürgerlichen Rechts läßt sich in diesen Fällen nur sehr begrenzt helfen.“⁶⁶

Auch diese sich anbahnende jüngste Rechtsentwicklung im UWG zeigt wie die meisten erwähnten zivilrechtlichen Nebengesetze, etwa das AGB-Gesetz oder das Abzahlungsrecht,⁶⁷ daß genuin bürgerlich-rechtliche Materien immer mehr außerhalb des BGB in Sondergesetzen neu geregelt werden, geradezu eine Flucht aus dem BGB stattfindet und daß dieses auch deswegen immer weniger mit den modernen wirtschaftlichen Entwicklungen und den daraus bedingten Anforderungen an ein adäquates zivilrechtliches Ordnungssystem Schritt zu halten vermag. Wieacker hat diesen Prozeß schon 1953 mit den Worten beklagt: „Im Augenblick bleibt freilich alles zu tun übrig. Eine weitere Desorientierung der Privatrechtswissenschaft, ihrer Methode, ihres Systems und ihre Begriffe droht, solange die Theorie sündigt, indem sie ihr Wirklichkeitsmaterial nicht analysiert und geistig formt, sondern in ihren Gewohnheiten beharrt und nutzlos die Schmälerung des Privatrechts durch die öffentlichen Gewalten beklagt . . . Die europäische Rechtsgeschichte lehrt, daß Lagen, in denen die theoretische Leidenschaft hinter der Not des Tages zurückblieb, immer auch unnütze Kraftverluste und also Schädigung des öffentlichen Lebens nach sich zogen – um nicht Schlimmeres zu nennen.“⁶⁸

Eine Neuorientierung des Bürgerlichen Rechts der Vertragsanbahnung selbst ist neben grundsätzlichen rechtspolitischen Erwägungen auch deswegen so wichtig, weil häufig die modernen privatrechtlichen Nebengesetze das BGB immer noch als Ausgangspunkt betrachten oder, wie gerade das AGB-Gesetz, nur dessen Rechtssituation im Regelfall eines privatrechtlichen Geschäftsabschlusses dergestalt wieder herzustellen versuchen, daß den Regelungen dieses Gesetzes in der Praxis typischerweise wieder Geltung verschafft wird.⁶⁹ Das BGB, nicht aber ein unter Hinweis auf die Vertragsfreiheit selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft, soll im Normalfall eines bürgerlich-rechtlichen Interessenkonflikts maßgeblich sein. Außerdem findet sich in diesen privatrechtlichen Nebengesetzen, wie wir gesehen haben, häufig nur eine rechtliche Neubestimmung des zulässigen und billigen Inhalts von Verträgen,

Abschnitt III, 3.4.1; Empfehlung des Verbraucherbeirats beim Bundesminister für Wirtschaft vom 13. 6. 1975; Bericht des Ausschusses für Umweltfragen, Volksgesundheit und Verbraucherschutz des Europäischen Parlaments vom 2. 6. 1977, Sitzungsdokumente 1977–1978, Nr. 114/77, S. 6; aus dem Schrifttum: Lehmann, GRUR 1977, 580–587; Fricke 1976, 680; Sack, NJW 1975, 1303, und ÖJZ 1976, 309; Schricker, GRUR 1975, 111, und ZRP 1975, 189; Trinkner, BB 1975, 1493; vgl. Mertens, ZHR 139 (1975) 438ff.; kritisch: Wronka, WRP 1975, 561.

⁶⁶ Vgl. a. a. O., S. 16.

⁶⁷ S. oben II. 2.

⁶⁸ Wieacker, F., Industriegesellschaft, S. 33; vgl. ebenso Damm, R., Verbraucherrechtliche Sondergesetzgebung und Privatrechtssystem, JZ 1978, 173ff.; Lieb, AcP 178, 196ff.; Westermann, H.-P., AcP 1976, 150ff.; Gilles, JA 1980, 1ff., 4f.

⁶⁹ Zum AGB-Gesetz vgl. Schricker, RabelsZ 40 (1976), S. 560. Vgl. auch § 15 des Entwurfs eines Gesetzes über den Reiseveranstaltungsvertrag, der auf den Tatbestand der „zugesicherten Eigenschaften“ genauso wie § 459 Abs. 2 BGB abstellt; vgl. dazu jetzt § 651 c BGB.

nicht aber eine Sonderregelung für den dem Vertragsabschluß vorgelagerten Bereich der Vertragsanbahnung.⁷⁰

Auch die geplante neue UWG-Regelung bleibt auf Wettbewerbshandlungen⁷¹ beschränkt und läßt die Problematik der Konkurrenz von bürgerlich-rechtlichen und wettbewerbsrechtlichen Ansprüchen unberücksichtigt. Die irreführende Kleinanzeige eines Privatmanns, etwa im Zusammenhang mit dem Verkauf eines PKW, würde von diesen neuen gesetzlichen Vorschriften des Wettbewerbsrechts nicht erfaßt werden.

Gerade weil das Kaufrecht bei „Hunderttausenden von Kaufakten pro Tag und einer Verbraucherschaft von rund 60 Millionen Bürgern“⁷² im Bereich des Bürgerlichen Rechts notwendigerweise eine zentrale Stellung einnehmen muß und in den letzten Jahrzehnten die wirtschaftliche und rechtliche Bedeutung der Vertragsanbahnung ständig zugenommen hat und heute zu dem zentralen ökonomischen Problem des Zueinanderfindens von Angebot und Nachfrage am Markt geworden ist,⁷³ sollte eine kritische Bestandsaufnahme sowie Überprüfung und, soweit sich dies als rechtspolitisch notwendig und systemverträglich machbar erweisen sollte, auch ein weiterführender Ansatz zur Fortschreibung und Modernisierung des Bürgerlichen Rechts selbst erarbeitet werden.⁷⁴ Eine bürgerlich-rechtliche Bestandsaufnahme der Vertragsanbahnung ist auch notwendig, um eine rechtssystematische Abstimmung mit den geplanten zivilrechtlichen Ansprüchen auf Schadensersatz und dem Rücktritt vom Vertrag im Wettbewerbsrecht erarbeiten zu können.

⁷⁰ S. oben II. 2.

⁷¹ Zu diesem Begriff und den häufig damit zusammenhängenden Abgrenzungsproblemen vgl. statt vieler Ulmer/Reimer, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Band III, Deutschland, S. 46 ff.; Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 12. Aufl., Einl. UWG, Anm. 208 ff.

⁷² Vgl. ZAW-Basisdienst vom 13. 12. 1977, S. 1.

⁷³ S. oben I. 3.

⁷⁴ Vgl. auch v. Hippel, S. 108 und zum rechtstatsächlichen Nachweis dieser Notwendigkeit s. oben I. 4.

III. Kapitel. Die bürgerlich-rechtliche Beurteilung der Vertragsanbahnung*

1. Der Begriff „Vertragsanbahnung“

„Vertragsanbahnung“ ist weder ein aus dem Wortlaut des BGB bekannter Begriff, noch stellt die Vorbereitung und Initiierung von kaufrechtlichen Verträgen bislang ein von der Rechtsprechung oder der Literatur in sich geschlossen und systematisch behandeltes Rechtsgebiet dar. Bürgerlich-rechtliche Überlegungen zur Beurteilung ökonomischer Austauschverhältnisse setzen typischerweise bei der Rechtsgeschäftslehre und bei den Voraussetzungen für das wirksame Zustandekommen eines Vertrags an; die Willenserklärung als Grundbaustein privatrechtlicher Sonderbeziehungen, vor allem des Vertrags, und ihre Auslegung sind der zentrale Ausgangspunkt der bürgerlich-rechtlichen Rechtsgeschäftslehre zur Beurteilung ökonomisch relevanter Transaktionen.¹ Einen dem Marketingbegriff der Wirtschaftswissenschaften entsprechenden bürgerlich-rechtlichen Begriff der Vertragsanbahnung gibt es nicht.² Die Privatrechtswissenschaft beginnt mit ihrer Lehre vom Rechtsgeschäft im Zusammenhang mit der Beurteilung eines ökonomischen Transaktionsvorgangs typischerweise bei den Voraussetzungen für das Zustandekommen eines Vertrags und dem Vertragsschluß selbst,³ nicht aber schon bei den diesen initiiierenden Aktionen der Vertragsanbahnung und Vertragsvorbereitung. Flume äußert in diesem Zusammenhang: „Die Vertragsverhandlungen und der Vertrag sind scharf voneinander zu scheiden. Erst mit dem Vertragsschluß wird eine rechtsgeschäftliche Regelung gesetzt.“⁴

* Paragraphenangaben ohne Nennung des Gesetzes beziehen sich im folgenden auf das BGB.

¹ Larenz, AT, S. 289 ff.; Flume, S. 23 ff.; Lange/Köhler, BGB, Allgemeiner Teil, 16. Aufl., S. 216, 229 ff., 245; Lehmann/Hübner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 15. Aufl., S. 140 ff.; Diederichsen, U., Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches für Studienanfänger, 3. Aufl., S. 81 ff.; Westermann, H., BGB – Allgemeiner Teil, 2. Aufl., S. 61 ff.; Pawlowski, H.-M., Allgemeiner Teil des BGB, Band 2, S. 177 ff.; Thoma, H., Bürgerliches Recht, Allgemeiner Teil, S. 103 ff.

² Vgl. zur Verwendung dieses Begriffs insbesondere Fikentscher, S. 64 f.; Canaris, S. 539, Fußn. 72; Bohrer, S. 202 ff.

Vgl. auch den Vorschlag einer Richtlinie des Rates der EG betreffend den Verbraucherschutz im Fall von außerhalb von Geschäftsräumen abgeschlossenen Verträgen, ABl. Nr. C 22/6 v. 29. 1. 1977: „Das Anbahnen von Verträgen ...“

³ Vgl. Larenz, AT, S. 453 ff.; Flume, S. 599 f.; Lange/Köhler, S. 253 ff.; Lehmann/Hübner, S. 232 ff.; Diederichsen, S. 100 ff.; Pawlowski, S. 178 ff.; Thoma, S. 168.

⁴ Flume, S. 616; vgl. auch Lange/Köhler, S. 246: „Das BGB erblickt im Vertrag eine Bindung bisher noch nicht Gebundener. Darum läßt es Verpflichtungen unter den Parteien erst mit Vertragsschluß entstehen und nur bis zum Vertragsende bestehen.“ Lange/Köhler weisen

Andererseits wäre es verfehlt zu behaupten, das Bürgerliche Recht würde dem Bereich der Vertragsanbahnung überhaupt keine Beachtung schenken. Nicht nur in zahlreichen Einzelvorschriften, z. B. §§ 119, 122, 123, 179, 154, 155, 307, 459 Abs. 1 und 2, 463, 663 BGB, sondern auch bei der Auslegung von Verträgen⁵ und insbesondere im Zusammenhang mit den gesetzlich nicht definierten Rechtsfiguren der „*invitatio ad offerendum*“ und der Haftung für vorvertragliches Verschulden („*culpa in contrahendo*“)⁶ erlangt der Bereich der Vertragsanbahnung entscheidungserhebliche bürgerlich-rechtliche Relevanz.

Schon in den Motiven⁷ zum BGB liest man etwa zur c.i.c.: „Die ... anerkannte Haftung für die bei Eingehung eines Rechtsgeschäfts unterlaufende Fahrlässigkeit – *culpa in contrahendo* – ist schon den bisherigen Gesetzgebungen (vgl. preußisches ALR I, 4 §§ 56, 79, I, 5 §§ 53, 284, 285; sächsisches GB § 844; schweizerisches Gesetz über das Obligationenrecht Art. 23) nicht fremd und wird in der neuen gemeinrechtlichen Jurisprudenz vielfach als ein Gebot der materiellen Gerechtigkeit gefordert ... Ob begrifflich die Haftung für *culpa in contrahendo* auf einen Eingriff in den fremden Rechtskreis, mithin auf unerlaubte Handlung oder auf die Verletzung einer rechtsgeschäftlichen Pflicht zurückzuführen sei, ist eine Konstruktionsfrage, deren Lösung der Wissenschaft überlassen werden darf.“

Seit der „wissenschaftlichen Entdeckung“⁸ der zivilistischen Problematik der c.i.c. durch Rudolf v. Jhering⁹ vor mehr als hundert Jahren ist die Diskussion in Literatur und Praxis über das Wesen des Rechtsverhältnisses der Haftung für Verhalten bei Vertragsverhandlungen nicht mehr abgerissen.¹⁰ Larenz¹¹ schrieb dazu erst jüngst: „Das Thema der Haftung für *culpa in contrahendo* ist, entgegen dem ersten Anschein, noch längst nicht ausgeschöpft.“ In die gleiche Richtung deuten die entscheidende neue Anstöße gebenden Arbeiten von Canaris¹² und die einiger

aber zu Recht in diesem Zusammenhang auch auf die §§ 122, 179, 307 BGB und auf den Gedanken der c.i.c. hin; vgl. auch Fikentscher, S. 64ff.

⁵ Vgl. Flume, S. 617: „Der Vertrag und nicht die Vertragsverhandlungen bestimmen den Inhalt der vertraglichen Regelung.“ Vgl. auch Staudinger/Coing, Kommentar zum BGB, 11. Aufl., Vorbemerkung § 145, Anm. 16.

⁶ Zur *invitatio ad offerendum* und der fast ausschließlichen Behandlung dieses Instituts unter dem Gesichtspunkt der Abgrenzung vom Angebot vgl. Larenz, AT, S. 454; Lehmann/Hübner, S. 235; Lange/Köhler, S. 247.

Zur c.i.c. vgl. grundlegend Rudolf v. Jhering, *Culpa in contrahendo*, in JherJb., 4. Band 1861, S. 1 ff., unveränderter Nachdruck mit einem Nachwort von E. Schmidt, Bad Homburg 1969, S. 7 ff.

⁷ Motive, I, Allgemeiner Teil, Berlin 1896, S. 195; zum ALR s. auch unten, IV. Kapitel, Fußn. 114.

⁸ Vgl. E. Schmidt, a. a. O., Fußn. 6, S. 131.

⁹ Vgl. a. a. O., Fußn. 6.

¹⁰ Vgl. dazu den Überblick bei E. Schmidt, Fußn. 6, S. 133 ff.

¹¹ Larenz, Bemerkungen zur Haftung für „*culpa in contrahendo*“, in Festschrift für Kurt Ballerstedt, Berlin 1975, S. 419.

¹² Canaris, C. W., Ansprüche wegen „positiver Vertragsverletzung“ und „Schutzwirkung für Dritte“ bei nichtigen Verträgen, JZ 1965, 465 ff.; ders., Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, S. 532 ff.

ihm Folge leistender Autoren,¹³ die die Verletzung von Schutzpflichten im Rahmen von schuldrechtlichen Sonderbeziehungen in einer einheitlichen Anspruchsgruppe mit gesetzlicher Natur, dem „Institut der Schutzpflichtverletzung“, zusammenfassen und eine auch für den vorvertraglichen Bereich relevante „Vertrauenshaftung“ anerkennen wollen.

Die Einordnung der Haftung für das Verschulden bei Vertragsverhandlungen in das Haftungssystem unseres Zivilrechts und damit zusammenhängend die Klärung der Frage der Konkurrenz mit anderen Ansprüchen, insbesondere aus Anfechtung oder Gewährleistung, ist nach Meinung eines Großteils der Literatur freilich immer noch nicht zur vollen Zufriedenheit gelungen.¹⁴ Überwiegend wird in der Rechtsprechung auch heute noch unverändert die Auffassung des Reichsgerichts vertreten, die Regeln der c.i.c. hätten im Kaufrecht neben den Ansprüchen aus §§ 459 ff. grundsätzlich keinen Platz, obwohl andererseits von der neueren Rechtsprechung in bestimmten Einzelfällen, wie z.B. beim Kauf eines Börseninformationsdienstes, eine Haftung für unrichtige Angaben bei Vertragsabschluß ohne weiteres bejaht wird.¹⁵ Bislang fast vollständig unterblieben ist schließlich eine eingehende Untersuchung der Möglichkeiten, inwieweit mit Hilfe von bürgerlich-rechtlichen Vorschriften der Abnehmerseite Schadensersatzansprüche oder Rücktrittsrechte vom Vertrag wegen irreführender Werbeangaben bei der Vertragsanbahnung gewährt werden könnten.¹⁶

Dies alles gibt Anlaß dazu, die verschiedenen, in unterschiedlichen Bestimmungen des BGB verstreut niedergelegten Ansatzpunkte des Bürgerlichen Rechts für eine interessengemäße zivilrechtliche Regelung und Kontrolle der Vertragsanbahnung

¹³ Thiele, W., Leistungsstörung und Schutzpflichtverletzung. Zur Einordnung der Schutzpflichtverletzungen in das Haftungsrecht des Zivilrechts, JZ 1967, 649; Bohrer, M., Die Haftung des Dispositionsgaranten, S. 195 ff.; s. auch Evans-von Krbek, F.-S., Nichterfüllungsregeln auch bei weiteren Verhaltens- oder Sorgfaltspflichtverletzungen, AcP 179 (1979) 85 ff.; Hohloch, G., „Vertrauenshaftung“ – Beginn einer Konkretisierung?, NJW 1979, 2369 ff.; Einzelheiten s. unten, IV. Kapitel.

¹⁴ Vgl. insbesondere Medicus, D., Grenzen der Haftung für culpa in contrahendo, JuS 1965, 217; Thiele, JZ 1967, 654; Diederichsen, U., Das Zusammentreffen von Ansprüchen aus Verschulden beim Vertragsschluß und Sachmängelgewährleistung, BB 1965, 401 ff.; Schaumburg, H., Haftung des Verkäufers für fahrlässige Falschangaben bei Kaufabschluß – Zum „inneren“ System der §§ 459 ff. BGB, MDR 1975, 105; dies., Sachmängelgewährleistung und vorvertragliches Verschulden – § 463 BGB und culpa in contrahendo, S. 4 ff.; Einzelheiten dazu s. unten, IV. Kapitel.

¹⁵ BGH 8. 2. 1978, GRUR 1978, 380; sowie 24. 3. 1977, JuS 1977, 762; 12. 11. 1969, NJW 1970, 653; vgl. auch Hartwig, O., Culpa in contrahendo als Korrektiv für „ungerechte“ Verträge, JuS 1973, 733.

Kritisch die Entwicklung der Rechtsprechung seit den Zeiten des Reichsgerichts überblickartig darstellend Littbarski, S., Verhältnis der Gewährleistungsansprüche zu den Ansprüchen aus culpa in contrahendo. Geklärt aufgrund gefestigter Rechtsprechung des BGH, BB 1977, 1322; ders., Das Verhältnis der Ansprüche aus culpa in contrahendo zu den Ansprüchen aus den §§ 633 ff. BGB, JZ 1978, 3 ff.; Schaumburg, a.a.O., Fußn. 14; weitere Einzelheiten s. unten, III. Kapitel, 7. 1. 7., sowie IV. Kapitel, 4. 1.

¹⁶ Vgl. dazu jedoch Trinkner, BB 1975, 1494; Sack, Folgeverträge, S. 24 ff.

herauszuarbeiten und ihre Bedeutung zu würdigen. Kernpunkt soll dabei insbesondere die Klärung der Frage sein, inwieweit und aufgrund welcher Rechtsvorschriften eine zivilrechtliche Haftung für zur Vertragsanbahnung verwendete Werbeangaben, die für den Käufer von kaufbeeinflussender Bedeutung sind, gegeben bzw. wünschenswert ist.¹⁷

2. Untersuchungsgegenstand und Ziele

Ausgangspunkt dieser bürgerlich-rechtlichen Untersuchung sollen die oben unter I. 4. dargestellten Fallbeispiele, also insbesondere jene Erscheinung sein, daß bei der Vertragsanbahnung eines bürgerlich-rechtlichen Kaufvertrags unrichtige oder irreführende kaufentscheidende Angaben von einem Geschäftsmann im Rahmen seines Gewerbebetriebs gemacht werden und daß infolgedessen dem Käufer oder einem Dritten ein Schaden entstanden ist. Als ein dieses Problemfeld noch einmal konkret veranschaulichender Modellfall sei die gewerblich veranlaßte, irreführende Werbeanzeige in einer Tageszeitung erwähnt, in der der Verkauf eines bestimmten, nur kurzfristig gebrauchten PKW unter Angabe eines falschen „Neupreises“ zu einem angeblich entsprechend reduzierten Preis angeboten wird, so daß der Wagen in Wirklichkeit zu teuer angeboten wird.

Dem systematischen Aufbau des BGB folgend, sollen das Anfechtungsrecht, die §§ 134, 138, das Gewährleistungsrecht und schließlich das Deliktsrecht daraufhin untersucht werden, ob und inwieweit diese bürgerlich-rechtlichen Regelungen dazu imstande sind, die zutage getretenen Probleme der Vertragsanbahnung befriedigend zu lösen. Spezielle Probleme bürgerlich-rechtlicher Nebengesetze, etwa des Abzahlungsgesetzes, müssen aus Gründen einer möglichst geschlossenen Darstellung im wesentlichen ausgeklammert werden; sie beinhalten auch, soweit ersichtlich, für eine umfassende Regelung der Vertragsanbahnung keine allgemein übertragbaren Lösungsansätze. Obwohl viele Überlegungen dieser Untersuchung sich nicht auf Kaufverträge beschränken müßten, sondern etwa auch für die Vorbereitung von Dienst- oder Werkverträgen ihre Gültigkeit hätten, muß nicht zuletzt aus arbeits-technischen Gründen eine stoffliche Begrenzung und Konzentration auf die Anbahnung von Kaufverträgen vorgenommen werden; diese stellen auch in der Praxis die wichtigste Vertragsart dar, bei der sich auf einem Markt das Zueinanderfinden von Angebots- und Nachfrageseite manifestiert.

Grundlegende Bedeutung wird bei dieser bürgerlich-rechtlichen Untersuchung die Beantwortung der Frage haben, ob und inwieweit das BGB die Tendenz hat,

¹⁷ Unberücksichtigt bleiben sollen insbesondere die speziellen Probleme der Vertragsanbahnung im Zusammenhang mit dem Abschluß von Vorverträgen. Vgl. dazu eingehend Henrich, D., Vorvertrag-Optionsvertrag-Vorrechtsvertrag. Eine dogmatisch-systematische Untersuchung der vertraglichen Bindungen vor und zu einem Vertragsabschluß, S. 84 ff.; Lorenz, W., Vorzugsrechte beim Vertragsabschluß, in Festschrift für Hans Dölle, Band I, Tübingen 1963, S. 103 ff.; Georgiades, A., Optionsvertrag und Optionsrecht, in Festschrift für Larenz, München 1973, S. 409 ff.

einen zu privaten oder geschäftlichen Zwecken Werbenden an seinen in den eigenen werblichen Verlautbarungen gemachten Angaben festzuhalten und dafür haften zu lassen oder nicht. Im wesentlichen sollen bei dieser Bestandsaufnahme die herrschende Meinung in der Literatur und vor allem die Lösungsansätze der höchstgerichtlichen Rechtsprechung Berücksichtigung finden, denn diese bestimmen letztlich die rechtliche Situation, insbesondere etwa ob und inwieweit eine „Erklärungshaftung“¹⁸ in der Praxis tatsächlich gegeben ist. Dies ist auch deshalb notwendig, weil sich nur ausgehend von diesen Ergebnissen eine sinnvolle Basis für eventuell weiterführende Vorschläge zur Rechtsfortbildung und Verbesserung des Schutzes der Nachfrager erarbeiten läßt.

Ob und inwieweit einer Erklärungshaftung für anlässlich der Anbahnung von Kaufverträgen gemachte Werbeangaben von Gewerbetreibenden oder Privatleuten gegeben ist oder nicht, ist angesichts der wirtschaftlichen Relevanz der akquisitorischen Bemühungen der Angebotsseite in einer modernen Industriegesellschaft ein besonders aktuelles Problem unserer Privatrechtsordnung, dessen konkrete Lösung und praktische Ausgestaltung ganz entscheidend die komplexen wirtschaftlichen Vorgänge des Zueinanderfindens von Angebot und Nachfrage in einer marktwirtschaftlich organisierten Wirtschaftsordnung beeinflusst. Je präziser die divergierenden Interessen der Angebots- und Nachfrageseite durch klar umrissene Rechtspositionen definiert sind, desto gerechter, aber auch funktionsentsprechender und modellkonformer, kann sich der erwünschte ökonomische Allokationsprozeß der Ressourcen auf dem Markt vollziehen. Dieses Ziel sollte das Privatrecht verfolgen, wenn es seine gegenwärtige Aufgabe der zeitgemäßen Bewältigung der Probleme einer industriellen Massengesellschaft erfüllen will.¹⁹ Deswegen soll im folgenden zugleich auch eine ökonomische Analyse von Teilen des geltenden Kaufrechts erarbeitet werden, die Wegbereiter einer zeitgemäßen Rechtsfortbildung dieses Teils des besonderen Schuldrechts sein könnte.

3. Die Vertragsanbahnung als Aufforderung zur Abgabe eines Angebots („*invitatio ad offerendum*“)

Geht man von der vorab getroffenen Definition und Unterscheidung der Vertragsanbahnung von dem eigentlichen Akt des Vertragsabschlusses aus²⁰ und rechnet daher nur jene ökonomischen Aktivitäten zur Vertragsanbahnung, die die

¹⁸ Zum Begriff und dem Wesen der Erklärungshaftung vgl. grundlegend Hildebrandt, H., Erklärungshaftung, ein Beitrag zum System des bürgerlichen Rechts, S. 118 f.; Canaris, C.-W., Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, S. 532 ff.

Als Erklärungshaftung soll im Gegensatz zur Rechtsscheinhaftung eine Haftung verstanden werden, die auf einer fehlerhaften Erklärung oder auf einem zurechenbaren Unterlassen einer Erklärung aufbaut und zu einem Anspruch auf Schadensersatz des negativen Interesses führt; vgl. Canaris, S. 533, Fußn. 42. Canaris hat eine eingehende Untersuchung dieses Bereichs des „negativen Vertrauensschutzes“ ausdrücklich ausgeklammert, vgl. Canaris, S. VIII, 532.

¹⁹ Vgl. dazu statt vieler Westermann, H. P., AcP 1978, 152.

²⁰ S. oben I. 1.

Abgabe eines Vertragsangebots vorbereiten und fördern, nicht mehr jedoch den rechtsgeschäftlichen Antrag selbst, zeigt sich, daß die Vertragsanbahnung von dem Bereich der bürgerlich-rechtlichen Lehre über das Rechtsgeschäft direkt nicht erfaßt wird, sondern nur bei der Abgrenzung der vertraglichen Vorverhandlungen von dem Kaufantrag eine Rolle spielen kann.

Die ökonomischen Aktivitäten der Angebotsseite zur Vertragsanbahnung beinhalten, bürgerlich-rechtlich betrachtet, typischerweise keine rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen, insbesondere keine Vertragsangebote, sondern sind rechtlich lediglich als eine informative Mitteilung an die Allgemeinheit zu werten, daß ein Wirtschaftssubjekt grundsätzlich an dem Abschluß von inhaltlich noch genauer auszuhandelnden Verträgen interessiert ist. Die meisten Verlautbarungen in der Werbung beinhalten Aufforderungen „ad incertas personas“, ihrerseits Angebote zu machen.²¹ So stellt z. B. eine Werbeanzeige zu Zwecken der Vertragsanbahnung: „Trink Coca Cola!“ nur eine „invitatio ad offerendum“ dar, denn es fehlt der Wille des Werbenden, sich mit dieser Verlautbarung rechtsgeschäftlich binden zu wollen, es fehlt die rechtliche Geltungserklärung.²² Die ökonomischen Aktivitäten der Angebotsseite zur Vorbereitung von bürgerlich-rechtlichen Vertragsabschlüssen, die Marketinganstrengungen von Industrie und Handel, wollen üblicherweise die Nachfrageseite nur informieren und deren Interesse für eine gewerbliche Leistung akquirieren,²³ nicht aber rechtsgeschäftlich verbindliche Erklärungen abgeben.²⁴ Werbemaßnahmen der Angebotsseite, etwa Zeitungsanzeigen, Übersendungen von Katalogen, Ausstellung von Waren in Schaufenstern oder Auslagen, werden daher von der herrschenden Meinung im Bürgerlichen Recht grundsätzlich nicht als ein Vertragsangebot, sondern nur als Aufforderungen zur Abgabe eines Vertragsangebots an die Nachfrageseite qualifiziert.²⁵

Durch eine eigene gesetzliche Bestimmung ist dieser Bereich der Aufforderung

²¹ Herrschende Meinung vgl. Enneccerus/Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, § 161, I, 2; Staudinger/Coing, Vorbem. § 145, Anm. 16; Lehmann/Hübner, S. 235; Larenz, AT, S. 455; Palandt/Heinrichs, § 145, Anm. 1; Lange/Köhler, S. 247; Flume, S. 636.

²² Flume spricht hier von einer „Aufforderung zur Offerte“, vgl. S. 636. Entscheidend ist, daß das rechtsgeschäftliche Erklärungsbewußtsein und der Geschäftswille fehlen: Derwerbende will sich nicht rechtsgeschäftlich binden, nicht aber, daß möglicherweise eine inhaltlich für ein Angebot nicht hinreichend bestimmte Erklärung oder eine Erklärung „ad incertas personas“ vorliegt; dies unterscheidet die Vertragsanbahnung auch vom Vorvertrag. Vgl. dazu umfassend Henrich, D., Vorvertrag-Optionsvertrag-Vorrechtsvertrag, S. 85 ff. (100).

²³ Zur Funktion der modernen Wirtschaftswerbung s. oben I. 2.

²⁴ Auch aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht wird Werbemaßnahmen kein rechtsgeschäftlicher Charakter beigemessen, vgl. dazu die Zusammenstellung der Definition bei Tietz, Stichwort „Werbung“, S. 2242, z. B. nach Haseloff, 1970: „Wirtschaftswerbung ist geplante öffentliche Kommunikation zum Zweck einer ökonomisch wirksamen Information, Persuasion und Entscheidungssteuerung.“ Vgl. in diesem Zusammenhang auch Schmalen, H., Werbung im Meinungsstreit, WiSt 1975, 496 ff.; Reich, N., Werbung und Verbraucherschutz, WiVer 1977/4, 218 ff.

²⁵ Vgl. a. a. O., Fußn. 21. Zur umstrittenen Rechtssituation beim Automatenverkauf und zur Selbstbedienung vgl. Palandt/Heinrichs, § 145, Anm. 1 a. E.; Dietrich, G., Der Kauf im Selbstbedienungsladen, DB 1972, 957 ff.

zur Abgabe eines Vertragsangebots („*invitatio ad offerendum*“) im BGB nicht geregelt worden. Aus dieser Nichtregelung und der Verneinung des Vorliegens einer rechtsgeschäftlichen Erklärung sollte jedoch nicht oberflächlichweise der Schluß gezogen werden, die Vertragsanbahnung bewege sich gleichsam in einem rechtsfreien Raum, in dem mehr oder weniger alles zulässig sei, ohne daß eine zivilrechtliche Haftung eingreifen könnte.

In den Motiven²⁶ findet man für die Vernachlässigung dieses Bereichs folgende Überlegungen: „Nicht jede einem anderen gegenüber abgegebene, die Herbeiführung eines Vertrags einleitende Willenserklärung ist ein den Erklärenden bindender Vertragsantrag . . . Die Voraussetzung trifft ferner der Regel nach nicht zu bei den im gewöhnlichen Verkehr täglich vorkommenden Anerbietungen zum Verkaufen oder Kaufen, zum Vermiethen oder Miethen, zu Dienst- oder Arbeitsleistungen gegen bestimmtes Entgelt, bei den mit Preisangaben versehenen Ankündigungen von Reise- und Transportgelegenheiten, Kunstgenüssen, Lustbarkeiten usw. Bei derartigen Erklärungen, mögen sie durch öffentliche Bekanntmachung, durch Anschlag, durch Versendung von Zirkularen, durch Mittheilung von Preislisten, Tarifen usw. erfolgen, geht der Wille des Anbietenden erfahrungsgemäß nicht dahin, sich irgend jemand für den Fall seiner Zustimmung unmittelbar zu verpflichten. Die offensichtliche Absicht ist vielmehr nur die, das Publikum auf die Gelegenheit zum Kaufen, Verkaufen, Miethen, Vermiethen, Verfrachten, Reisen usw. hinzuweisen und zugleich die Geneigtheit zur Entgegennahme von Vertragsanträgen zu erklären. . . . Einer besonderen Vorschrift in dieser Richtung bedarf es nicht.“

Im Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch von 1861/65²⁷ wurde demgegenüber in Art. 337 noch bestimmt: „Das Anerbieten zum Verkauf, welches erkennbar für mehrere Personen, insbesondere durch Mittheilung von Preislisten, Lagerverzeichnisse, Proben oder Mustern geschieht, oder bei welchem die Waare, der Preis oder die Menge nicht bestimmt bezeichnet ist, ist kein verbindlicher Antrag zum Kauf.“²⁸ Auch im schweizerischen Obligationenrecht findet sich in Art. 7 eine ausdrückliche gesetzliche Regelung: „Der Antragsteller wird nicht gebunden, wenn er dem Antrage eine die Behaftung ablehnende Erklärung beifügt, oder wenn ein solcher Vorbehalt sich aus der Natur des Geschäfts oder aus den Umständen ergibt. Abs. 2: Die Versendung von Tarifen, Preislisten oder dergleichen bedeutet an sich keinen Antrag. Abs. 3: Dagegen gilt die Auslage von Waren mit Angaben des Preises in der Regel als Antrag.“²⁹

Der Gesetzgeber des BGB hat im Gegensatz zu diesen vorstehenden Vorschriften

²⁶ Motive I, 166 f.

²⁷ Als Reichsgesetz am 1. 1. 1870 in Kraft getreten.

²⁸ Näheres vgl. bei v. Hahn, F., *Commentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch*, 2. Aufl., Zweiter Band, S. 231 ff.

²⁹ Vgl. Rennefahrt, F., *Schweizerisches Obligationenrecht*, Zürich 1919, S. 6 f.; v. Büren, B., *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, S. 124 f.; Guhl/Merz/Kummer, *Das schweizerische Obligationenrecht*, 6. Aufl., S. 115 f.; v. Tuhr/Peter, *Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts*, Band I, 3. Aufl., S. 183; Becker, H., *Berner Kommentar, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen*, S. 41 ff.

genauso wie das österreichische ABGB³⁰ den Bereich der Aufforderung zur Abgabe eines Vertragsangebots („*invitatio ad offerendum*“) zur näheren Regelung und Abgrenzung der Rechtsprechung übertragen und sich in § 145 BGB auf die normative Festschreibung der Bindungswirkung eines Angebots beschränkt.³¹ Mit der näheren Ausgestaltung und Festlegung der konstitutiven Kriterien eines Angebots³² ergibt sich als dessen spiegelbildliche Konsequenz, daß vertragsvorbereitende Erklärungen, die noch nicht als ein Angebot qualifiziert werden können, regelmäßig lediglich als Aufforderung zur Abgabe eines Angebots gewertet werden können. „Die dem Vertragsschlusse vorausgehenden vorläufigen Besprechungen, welche den Zweck haben, einen Vertragsschluß erst herbeizuführen (sog. Traktate), sind ein noch keine Leistungspflicht begründender und insofern rechtlich unverbindlicher Meinungs austausch.“³³

Maßnahmen der Vertragsanbahnung und des Marketing, etwa die Verteilung von Katalogen, Zeitungsanzeigen, Schaufensterauslagen, stellen daher regelmäßig kein Angebot i. S. des § 145 BGB dar. Allein entscheidend ist, gleich ob diese Erklärungen „*ad incertas personas*“³⁴ oder „*ad certas personas*“ ergehen, daß der Erklärende üblicherweise seine werblichen Verlautbarungen ohne das für das Vorliegen einer Willenserklärung notwendige rechtsgeschäftliche Erklärungsbewußtsein und ohne Geschäftswillen,³⁵ d. h. ohne die Absicht auf die Herbeiführung eines bestimmten wirtschaftlichen Erfolgs, der rechtlich gesichert ist, kundtut. Der Werbetreibende will sich verständlicherweise mit seinen Erklärungen rechtsgeschäftlich noch nicht endgültig binden, sondern auf die Nachfrageseite nur kommunikativ einwirken.

Im weiteren Fortgang unserer Untersuchung muß gerade auf diesen Punkt ein besonderes Augenmerk gerichtet werden: Es besteht die Gefahr, daß der Werbende zwar einerseits versucht, sich möglichst lange in diesem zumindest auf den ersten Blick rechtsunverbindlich erscheinenden Bereich der Aufforderung zur Abgabe eines Angebots zu bewegen, er andererseits dabei aber eine Reihe von ökonomisch relevanten Informationen an die Nachfrageseite gibt, die später häufig dann nicht ausdrücklich zum Inhalt eines Kaufvertrags gemacht oder aus sonstigen Gründen als rechtlich nicht relevant betrachtet werden, obwohl sie wirtschaftlich einen kaufentscheidenden Einfluß auf die Nachfrager ausüben.³⁶

³⁰ Vgl. § 861 ABGB; vgl. dazu Kapfer, H., Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl., Anm. 8 zu § 861; Koziol/Welser, Grundriß des bürgerlichen Rechts, 4. Aufl., S. 87f.

³¹ Vgl. dazu Motive I, 164 ff.; Flume, S. 640 ff.

³² Statt vieler Larenz, AT, S. 455 f.; Palandt/Heinrichs, § 145, Anm. 1; Flume, S. 536 ff.; Lehmann/Hübner, S. 235 ff.

³³ Staudinger/Coing, Vorbem. § 145, Anm. 16.

³⁴ Hier könnte auch ein Antrag an mehrere noch unbestimmte Personen vorliegen, vgl. Palandt/Heinrichs, § 145, Anm. 4; Larenz, AT, S. 455 f.; Flume, S. 636. Typischerweise ist dies im Fall der Aufstellung von Warenautomaten gegeben, s. oben, Fußn. 25.

³⁵ Zu Erklärungsbewußtsein und Geschäftswille vgl. besonders klar Lehmann/Hübner, S. 146 ff.

³⁶ Zur Bedeutung der Informationen, die durch die Vertragsanbahnung der Angebotsseite den Nachfragern im Hinblick auf einen möglichen Vertragsabschluß übermittelt werden, s. oben I. 1.

4. Die Anfechtbarkeit von Rechtsgeschäften

Unpräzise, unvollständige oder täuschende Werbeangaben können bei den Werbeadressaten zu irrigen Vorstellungen führen, als deren Konsequenz es zum Abschluß von Kaufverträgen kommen kann, die seitens der Käufer ex post bedauert werden.¹ Ohne diese in vielen Fällen zumindest auch durch Methoden des Marketing bewirkten Irrtümer wäre es zu einem entsprechenden Kaufabschluß überhaupt nicht, nicht zu diesem Zeitpunkt oder mit anderen Konditionen oder einem anderen Verkäufer gekommen; irreführende Angaben bei der Vertragsanbahnung haben in diesem Fall den Abschluß eines nachträglich unerwünschten Geschäfts herbeigeführt. Fraglich ist, ob der Käufer unter diesen Voraussetzungen durch die Anfechtung seiner Willenserklärung sich von seinen vertraglichen Pflichten befreien kann.

Nicht jeder Irrtum eines Erklärenden im Zusammenhang mit der Abgabe einer Willenserklärung stellt jedoch einen bürgerlich-rechtlichen Anfechtungsgrund dar.² Zwar verlangt das Bürgerliche Recht die Übereinstimmung von rechtsgeschäftlichem Willen und der aus diesem resultierenden rechtsgeschäftlichen Erklärung oder dessen sonstiger rechtsgeschäftlicher Manifestation nach außen;³ gleichwohl kann nicht jede wegen Irrtums fehlerhafte Willenserklärung vom Erklärenden angefochten werden, auch wenn feststeht, daß dieser die Erklärung bei richtiger Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben hätte. Wesentliche Voraussetzung einer wirksamen Anfechtung ist vielmehr das Vorliegen eines vom Bürgerlichen Recht anerkannten *Anfechtungsgrundes*.

4.1. Erklärungsirrtum – § 119 Abs. 1 Satz 1, 2. Alternative BGB

Gemäß § 119 Abs. 1 Satz 1, 2. Alternative berechtigt ein Irrtum bei der Abgabe einer Willenserklärung, der Erklärungshandlung, zur Anfechtung; es muß sich um ein technisches Versehen des Erklärenden, um eine Störung im Ablauf des Erklärungsvorgangs handeln. Typische Fälle dieser Erscheinung der unbewußten Nichtübereinstimmung von Wille und Erklärung sind die Abirrung, das Fehlgehen einer

¹ Rechtstatsachen dazu s. oben I.4.

² Vgl. grundlegend zu diesem Problem Zitelmann, E., Irrtum und Rechtsgeschäft. Eine psychologisch-juristische Untersuchung, Leipzig 1879, S. 319ff., 329: „Schwierigkeiten macht hier wiederum das Verhältnis zwischen Motiv und Absicht. Man darf wohl behaupten, daß die richtige Auffassung dieses sehr verwickelten Punktes der Schlüssel für die juristische Lehre vom Irrtum ist.“ Vgl. dazu auch Schumacher, Vertragsaufhebung wegen fahrlässiger Irreführung unerfahrener Vertragspartner, S. 44ff.

Zur Entwicklung und zu den geschichtlichen Grundlagen der Irrtumsregelung des BGB s. Flume, S. 435ff.; Rothoef, D., System der Irrtumslehre als Methodenfrage der Rechtsvergleichung, S. 92ff.; Staudinger/Coing, § 119, Rdz. 2ff. Zur Rechtsvergleichung s. auch Die materielle Gültigkeit von Kaufverträgen, Gutachten des MPI Hamburg, erstattet im Auftrag von Unidroit, Berlin 1968, S. 48ff.

³ Flume, S. 440ff. unter Hinweis auf die Irrtumslehre Savignys.

Erklärung, wie etwa das Versprechen, Verschreiben oder Vergreifen.⁴ In diesen Fällen wollte der Erklärende eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben; anders als bei der ersten Alternative des § 119 Abs. 1 Satz 1, dem Inhaltsirrtum, bei dem der Erklärende über den objektiven Sinngehalt seiner Erklärung sich nicht im klaren ist, liegt beim Erklärungsirrtum bereits ein Fehler in der Erklärungshandlung, in dem Kundgabeakt seines Willens, vor. Die abgegebene Erklärung sollte so überhaupt nicht geäußert werden.

Die Verleitung zu einer fehlerhaften Erklärungshandlung durch Maßnahmen der Vertragsanbahnung mag in Ausnahmefällen, etwa aufgrund einer Aufstellung einer Ware neben einem Produkt mit anlehnender Produktaufmachung⁵ oder mit einem verwechselbar ähnlichen Warenzeichen,⁶ im Wirtschaftsleben einmal vorkommen: Ein Käufer will das vor ihm im Regal stehende Markenprodukt X in seinen Selbstbedienungskorb legen, vergreift sich aber wegen der ähnlichen Produktgestaltung eines Konkurrenzangebots und legt das daneben aufgestellte Produkt Y in seinen Warenkorb.⁷ In der Regel sind jedoch wegen des konkurrenzbedingten Bemühens der Anbieter, die eigene Ware von der des Konkurrenten deutlich zu unterscheiden, Marketingmaßnahmen nicht dazu geeignet, die Werbeadressaten zu einer durch Werbung verursachten fehlerhaften Erklärungshandlung zu veranlassen. Die Vertragsanbahnungsbemühungen der gewerblichen Wirtschaft zielen im allgemeinen darauf ab, die Vorstellungen der Abnehmer über bestimmte Gegebenheiten, etwa über die Güte eines Produkts oder Unternehmens, zu beeinflussen oder bestimmte Bedürfnisse zu wecken;⁸ einen Einfluß auf die Erklärungshandlung der Verbraucher wollen sie demgegenüber nicht ausüben. Die Verleitung durch Werbemaßnahmen zu Erklärungen, die eigentlich überhaupt nicht abgegeben werden sollten, z.B. zu einer auf einen Vertragsschluß zielenden Abgabe eines Angebots, kann daher nur in sehr seltenen Fällen für gegeben erachtet werden.⁹

⁴ Lehmann/Hübner, S. 259; Larenz, AT, S. 324; Palandt/Heinrichs, § 119, Anm. 3; Staudinger/Coing, § 119, Rdz. 12; Flume, S. 450ff.

⁵ Zur versteckten Anlehnung, die die Gefahr einer Warenverwechslung mit sich bringen kann, s. Baumbach/Hefermehl, § 1 UWG, Rdz. 490.

⁶ Den Schutz der Allgemeinheit vor irreführenden Zeichen verfolgen die §§ 4 Abs. 2 Nr. 4, 5 Abs. 4 WZG sowie § 3 UWG; vgl. v. Gamm, Warenzeichengesetz, § 4, Rdz. 94; Althammer, W., Warenzeichengesetz, § 3, Rdz. 67; Baumbach/Hefermehl, Bd. 2, Warenzeichenrecht, 10. Aufl., § 4, Rdz. 87ff.; Hubmann, H., Gewerblicher Rechtsschutz, 3. Aufl., S. 204.

⁷ Kein Erklärungsirrtum liegt vor, wenn der Käufer das Produkt Y mit dem Produkt X verwechselt. Hier vergreift der Käufer sich nicht, denn er will die Ware, die er dem Regal entnimmt, auch kaufen; es liegt ein gemäß § 119 Abs. 2 unbeachtlicher Motivirrtum vor, s. unten III.4.3.

⁸ S. oben I.2. sowie unten, Fußn. 36.

⁹ Als Beispiele könnten hier auch bestimmte Erscheinungsformen der sog. „unterschwelligten Werbung“ genannt werden, die auf den Umworbenen einen hypnoseartigen Einfluß ausüben; derartige Absatzmethoden sind bislang in Deutschland jedoch, soweit ersichtlich, noch nicht zum Einsatz gekommen. Zur Methode der unterschwelligen Werbung s. v. Rosenstiel, L., Psychologie der Werbung, S. 16f., 254ff.; Schricker/Lehmann, Werbung/Unlauterer Wettbewerb, Rdz. 57.

Auch wäre es verfehlt, unterstellen zu wollen, durch Werbemaßnahmen könnte der Abnehmer so stark beeinflusst oder manipuliert werden, daß er unfreiwilliger- oder irrtümlicherweise rechtsgeschäftliche Erklärungen abgibt, die er eigentlich überhaupt nicht abgeben wollte. Man mag der modernen Wirtschaftswerbung vieles nachsagen und außerordentlich umfangreiche Kommunikationsmöglichkeiten zusprechen können; einen derartig starken Einfluß darf man ihr nach den gegenwärtigen wissenschaftlichen Erkenntnissen aus den verschiedensten Teildisziplinen, etwa der Psychologie oder der Soziologie, nicht generell unterstellen.¹⁰

In der Rechtsprechung und Literatur wird daher dem Anfechtungsgrund des Erklärungsirrtums für den hier interessierenden Bereich der Vertragsanbahnung zu Recht praktisch keine Beachtung geschenkt.¹¹

4.2. Inhaltsirrtum – § 119 Abs. 1 Satz 1, 1. Alternative BGB

Will der Erklärende eine bestimmte, rechtsgeschäftlich relevante Verlautbarung abgeben, ist er aber bei deren Kundgabe über ihren objektiven, aus dem Empfängerhorizont mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu ermittelnden Sinngehalt sich nicht im klaren, kann ein Inhaltsirrtum, ein Irrtum über die Erklärungsbedeutung, vorliegen. Typischerweise ist, entsprechend der Herkunft dieser Irrtumsregelung aus dem gemeinen Recht, ein derartiger Irrtum gegeben, wenn der Erklärende sich über die abzuschließende Geschäftsart (*error in negotio*), über den Geschäftsgegenstand (*error in objecto*) oder über die Identität seines Geschäftspartners (*error in persona*) unrichtige Vorstellungen macht, die für ihn von entscheidungserheblicher Bedeutung sind.¹² Auf eine differenzierende Formel gebracht: Beim Inhaltsirrtum will der Erklärende nicht, was er sagt, sein Erklärungswille und der objektive Sinngehalt seiner Erklärung fallen auseinander, während er beim Erklärungsirrtum etwas sagt, was er nicht sagen will.¹³ Bei dieser Abgrenzung des Inhaltsirrtums von dem Erklärungsirrtum geht es jedoch um eine rein theoretische Frage, weil die Rechtsfolgen dieser verschiedenen Anfechtungsgründe des § 119 Abs. 1, anders als bei der Abgrenzung des unbeachtlichen Motivirrtums von dem Irrtum über verkehrsw-

¹⁰ Einzelheiten vgl. dazu oben I.1. Fußn. 14. Selbst durch Versuche mit Methoden der sog. unterschwelligten oder subliminalen Werbung – vgl. Schricker/Lehmann, Werbung/Unlauterer Wettbewerb, Rdz. 57 – konnte eine derartige Beeinflussung durch Werbung noch nicht zweifelsfrei nachgewiesen werden. Vgl. auch Nieschlag/Dichtl/Hörschgen, S. 541; v. Rosenstiel, L., Psychologie der Werbung, S. 254ff.; Franke, H., Unterschwellige Wahrnehmung – Eine kritische Analyse, Dissertation, München 1969, passim; Brand, Die Legende von den geheimen Verführern, S. 189ff.; Baudenbacher, C., Suggestivwerbung und Lauterkeitsrecht, S. 14ff.

¹¹ Vgl. Trinkner, BB 1975, 1493; Sack, Folgeverträge, S. 15f.; Palandt/Heinrichs, § 119, Anm. 3a; RGRK, 12. Aufl., § 119, Anm. 19; Schumacher, S. 46.

¹² Vgl. Enneccerus-Nipperdey, § 167, S. 1037; Larenz, AT, S. 325ff.; Lehmann/Hübner, S. 261; Lange/Köhler, S. 374; Palandt/Heinrichs, § 119, Anm. 3b; Staudinger/Dilcher, § 119, Rdz. 16ff.; Flume, S. 454ff.

¹³ Lehmann/Hübner, S. 261 unter Hinweis auf Schreuer.

sentliche Eigenschaften der Person oder Sache gemäß § 119 Abs. 2, identisch sind.¹⁴ Deswegen kann hier auch eine vertiefere Behandlung der Abgrenzung des Inhaltsirrtums von dem Erläuterungsirrtum unterbleiben.

Rechtlich unterschieden werden müssen allerdings im Zusammenhang mit dem Inhaltsirrtum gemäß § 119 Abs. 1 die Fälle, daß einerseits der Käufer meint, der Gegenstand des Geschäfts sei von einer bestimmten Beschaffenheit, und daß der Käufer andererseits aufgrund von bestimmten Umständen des Geschäftsabschlusses davon ausgeht, das Geschäft habe zum erklärten Inhalt, daß es den Gegenstand als solchen mit einer bestimmten Beschaffenheit betreffe. Im ersten Fall meint der Käufer etwa, der Ring, den er kaufe, sei ein goldener, im zweiten Fall geht er davon aus, daß ein Vertrag über den Kauf eines Goldrings abgeschlossen werde. Nur im letzten Fall kann nach richtiger Auffassung ein Inhaltsirrtum gemäß § 119 Abs. 1 vorliegen, obwohl in den Einzelheiten die Abgrenzung des unbeachtlichen Motivirrtums vom beachtlichen Eigenschaftsirrtum gemäß § 119 Abs. 2 und vom Inhaltsirrtum gemäß § 119 Abs. 1 äußerst strittig ist.¹⁵ Obwohl in der Praxis diese Unterscheidung häufig gekünstelt erscheinen mag und daher für die Beurteilung im Einzelfall erfahrungsgemäß schwierig zu handhaben ist,¹⁶ ist jedenfalls nach herrschender Meinung für die Anfechtbarkeit einer Willenserklärung gemäß § 119 Abs. 1 erforderlich, daß der Erklärende über einen Punkt im Irrtum war, der nach ausdrücklicher oder stillschweigender Vereinbarung der Parteien *Inhalt* des Geschäfts bilden soll und der als solcher auch zum Bestandteil der rechtsgeschäftlichen Erklärungen geworden ist.¹⁷ In diesem Zusammenhang kann für § 119 Abs. 1 nur entscheidend sein, inwieweit infolge eines Irrtums der Inhalt einer rechtsgeschäftlichen Erklärung nicht dem Willen des Erklärenden entspricht; die Tatsache, daß ein nicht zum Inhalt der Erklärungen gewordener Beweggrund für den Abschluß eines bestimmten Rechtsgeschäfts mit der Wirklichkeit nicht übereinstimmt, macht diesen Irrtum nicht zu einem Inhaltsirrtum gemäß § 119 Abs. 1.¹⁸

Die Anfechtbarkeit eines Rechtsgeschäfts wegen Inhaltsirrtums ist z.B. im Fall

¹⁴ S. unten 4.3. Für § 119 Abs. 1 ist allein wichtig, daß der Irrtum nicht bloß die Willensbildung betrifft; Medicus, Rdz. 132.

¹⁵ Statt vieler MünchKomm/Kramer, § 119, Rdz. 64; Soergel/Hefermehl, § 119, Rdz. 17ff., 27; Schmidt-Rimpler, W., Eigenschaftsirrtum und Erklärungsirrtum, in Festschrift für H. Lehmann, Berlin 1956, S. 213ff.; sowie Flume, S. 463; ders., Rechtsgeschäft und Privatautonomie, in Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift Deutscher Juristentag, Karlsruhe 1960, S. 135ff., 203f.; ders., Eigenschaftsirrtum und Kauf, passim, einerseits; Larenz, AT, S. 333, andererseits.

Vgl. in diesem Zusammenhang auch Fikentscher, S. 382ff.; Fikentscher auferlegt zu Recht dem Verkäufer bestimmte gesteigerte Aufklärungspflichten, weil dieser „seine Sachen“ besser kennt bzw. kennen muß als der Käufer; zum Verhältnis zum Sachmängelrecht s. unten 4.4. sowie 7.

¹⁶ Vgl. Palandt/Heinrichs, § 119, Anm. 3b; weitere Einzelheiten s. unten 7.1.

¹⁷ Palandt/Heinrichs, § 119, Anm. 3b; RGRK, 12. Aufl., § 119, Anm. 11, 24ff.

¹⁸ Soergel/Hefermehl, § 119, Rdz. 27; Larenz, AT, S. 328: „Nicht alles, was bei den Vertragsverhandlungen zur Sprache kommt, wird damit schon Inhalt der den Vertrag herbeiführenden Willenserklärungen.“

eines durch Werbung bewirkten „Identitätsirrtums“ gegeben, d. h. wenn der Käufer mit einem bestimmten Vertreter oder Händler einen Kaufvertrag abschließen will, diesen aber mit einer anderen Person verwechselt; er will etwa einen Vertrag mit dem „vertrauenswürdigen Kaufmann Müller“ abschließen, schließt aber einen Kaufvertrag mit einem anderen Müller ab, den er infolge der Namensidentität mit ersterem verwechselt.¹⁹

Gleiches gilt in Fällen der Werbung mit Begriffen, die die wesentliche rechtliche Natur eines Geschäftsabschlusses eher verschleiern denn erläutern, wenn z. B. der Verkauf von Waren mit „Miet-Leasing“²⁰ oder ähnlich klingenden Überschriften angepriesen und dadurch beim Umworbenen ein Irrtum über den Rechtssinn eines abzuschließenden Geschäfts hervorgerufen wird. Es liegt ein sog. „Rechtsfolgenirrtum“ vor, dessen Regelung im einzelnen freilich sehr umstritten ist.²¹ Zu dieser Fallgruppe gehören auch bestimmte Erscheinungen des sog. „Verlautbarungsirrtums“, bei welchen sich der Erklärende bestimmter Begriffe bedient, deren rechtlichen Sinn er überhaupt nicht oder nicht vollständig kennt.²²

Nicht als Anfechtungsgrund anerkannt ist nach herrschender Meinung der Irrtum über diejenigen Rechtsfolgen, die sich lediglich als entferntere rechtliche Konsequenz aus dem Abschluß eines bestimmten Vertrags ergeben (z. B. Sachmängelhaftung bei Abschluß eines Kaufvertrags); es liegt kein Irrtum über den *Inhalt* einer rechtsgeschäftlichen Erklärung, sondern nur ein Irrtum über rechtliche Nebenfolgen vor. Nicht unter § 119 Abs. 1 fällt auch die Art eines Rechtsfolgenirrtums, die auf einem Irrtum über Tatsachen beruht,²³ etwa wenn ein bebautes Grundstück verkauft wird und der Käufer wegen der vorhandenen Bebauung davon ausgeht, daß die Erschließungsarbeiten bereits abgeschlossen sind. Anders liegt wiederum der Fall eines Rechtsfolgenirrtums, wenn eine bestimmte Rechtsfolge in die rechtsgeschäftliche Erklärung selbst ausdrücklich mit aufgenommen worden ist und der andere Partner ihr zugestimmt hat; z. B. wenn ein „Auto samt Zubehör“ in der Werbung angeboten wird und der Verkäufer der rechtsirrigen Meinung ist, der Ausdruck „Zubehör“ umfasse nur die fest eingebauten Teile.²⁴

Die Frage des Vorliegens eines Inhaltsirrtums ist auch zu prüfen, wenn jemand ohne genaue Kenntnis über den Inhalt eines Schriftstücks dieses unterschreibt. Bei

¹⁹ MünchKomm/Kramer, § 119, Rdz. 63; Larenz, AT, S. 327; Larenz bringt hier das Beispiel eines telefonischen Vertragsabschlusses mit den „falschen“ Malermeister Müller; s. auch Lange/Köhler, S. 375; anders liegt der Fall, wenn der Käufer den jeweiligen Vertreter selbst für vertrauenswürdig hält; dann kann nur § 119 Abs. 2 als Anfechtungsgrund in Frage kommen.

²⁰ Vgl. zu den verschiedenen Erscheinungsarten und zur Rechtsnatur den Überblick bei Bodewin, A., Leasingverträge im Handels- und Steuerrecht, NWB 1978, 715 ff. Zur Täuschung über den Charakter eines Vertrags (nicht Miet-, sondern Kaufvertrag) vgl. KG Berlin 20. 4. 1966, JR 1966, 391, mit Anm. von Schröder.

²¹ Medicus, Rdz. 133; Flume, S. 465 ff.; MünchKomm/Kramer, § 119, Rdz. 68 ff.

²² Soergel/Hefermehl, § 119, Rdz. 22; MünchKomm/Kramer, § 119, Rdz. 60; z. B. Verwendungs des Begriffs „Leihe“ im Fall einer entgeltlichen Gebrauchsüberlassung.

²³ Medicus, Rdz. 133; Flume, S. 466; MünchKomm/Kramer, § 119, Rdz. 70.

²⁴ Beispiel abgewandelt nach Larenz, AT, S. 330.

diesem in der Praxis besonders häufig im Zusammenhang mit der Vertragsanbahnung durch Vertreter anzutreffenden Fall²⁵ liegt freilich trotz der Unterschrift unter ein Schriftstück, von dessen Inhalt der Erklärende keinerlei oder nur mangelhafte Kenntnis hat, eine gültige rechtsgeschäftliche Erklärung vor. Dies vor allem deswegen, weil nach herrschender Meinung ein Rechtssubjekt diejenigen Erklärungen, die es, wenn auch ohne genaue inhaltliche Kenntnis, mit seiner Unterschrift deckt, als seine eigenen Erklärungen grundsätzlich gegen sich gelten lassen muß. „Wer ... ein Schriftstück unterzeichnet, der hat die Möglichkeit, dadurch, daß er nur einen Blick hineinwirft, zu erkennen, worum es sich handelt. Dies ist um so mehr von ihm zu erwarten, wenn er weiß oder Grund hat anzunehmen, daß sich unter den ihm vorgelegten Schriftstücken auch solche finden können, die eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung enthalten. Was seine Unterschrift deckt, muß er sich dann als seine Erklärung zurechnen lassen.“²⁶ Macht der Erklärende sich in diesen Fällen jedoch unrichtige Vorstellungen über den Inhalt dieser seiner Erklärungen, kann er diese wegen Inhaltsirrtums gemäß § 119 Abs. 1 BGB anfechten.²⁷ Als Anfechtungsvoraussetzung muß in diesem Fall immer eine unbewußte Unkenntnis des wirklichen Sachverhalts gegeben sein, denn § 119 knüpft an das Vorliegen eines Irrtums an. Bewußte Unkenntnis, die vom Erklärenden einfach in Kauf genommen wird, bzw. das Wissen, die wirtschaftliche oder rechtliche Tragweite einer Erklärung nicht oder nicht voll zu übersehen, können demgegenüber nach herrschender Auffassung keinen Anfechtungsgrund darstellen.²⁸ Es fehlt am Irrtum. Wille und Erklärung fallen nicht unbewußt auseinander, sondern der Erklärende willigt mit seinem Verhalten ein, den Inhalt eines Schriftstücks gelten zu lassen, wie immer dieses auch lauten möge.

Werden allgemeine Geschäftsbedingungen ungelesen in einen Vertrag einbezogen oder Formularverträge ungelesen unterschrieben, hat der Unterzeichnende damit i. S. von § 2 AGBG sein Einverständnis mit deren Gültigkeit erklärt;²⁹ aber auch schon vor Inkrafttreten des AGBG war eine derartige Willenserklärung wegen Inhaltsirrtums nur insoweit gemäß § 119 Abs. 1 anfechtbar, als die unterschriebenen Geschäftsbedingungen außergewöhnliche Bestimmungen enthielten: Waren dort

²⁵ Vgl. in diesem Zusammenhang insbesondere das Problem der Erschleichung von Unterschriften bei Geschäftsabschlüssen außerhalb von stehenden Gewerbebetrieben; z. B. eine „Gewinnerhaltungsbestätigung“ entpuppt sich als Beitrittserklärung zu einem Buchclub; vgl. auch v. Falckenstein, I, S. 93 ff.

²⁶ Larenz, AT, S. 311; vgl. auch RGZ 88, 282; BGH 2. 11. 1955, BB 1956, 254. Problematisch ist dies jedoch, wenn bestimmte Vertragsanbahnungsmaßnahmen geradezu darauf abzielen, eine mögliche Kenntnisnahme vor Unterschriftleistung auszuschließen.

²⁷ Larenz, AT, S. 311, 326; Palandt/Heinrichs, § 119, Anm. 2b; str., vgl. auch Liebs, D., „Fahrlässige Täuschung“ und Formularvertrag, AcP 174 (1974) 26 ff., 45; Schumacher, S. 44 ff.

²⁸ Larenz, AT, S. 326; Canaris, S. 216; RGZ 134, 31; BGH 15. 6. 1951, NJW 1951, 705; a. A. Liebs, AcP 174 (1974) 47; vgl. dazu aber Schumacher, S. 44 ff.; nach Erlaß des AGBG besteht für eine derartige Regelung kein praktisches Bedürfnis mehr.

²⁹ Löwe/v. Westphalen/Trinkner, Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, § 2, Rdz. 19; werden Verträge „im einzelnen ausgehandelt“, so daß das AGBG nicht zur Anwendung kommen kann, ist die Möglichkeit eines Inhaltsirrtums praktisch auszuschließen, s. Schumacher, S. 45 f.

keine überraschenden Klauseln niedergelegt, konnte sich derjenige, der sie ungelesen unterzeichnet hatte, aus Gründen des Verkehrsschutzes nicht auf einen Irrtum berufen.³⁰ Diese Problematik der überraschenden Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist inzwischen durch § 3 AGBG gelöst worden, der besagt, daß ungewöhnliche Bestimmungen, mit denen der Vertragspartner des Verwenders von AGB nicht zu rechnen braucht, nicht Vertragsbestandteil werden.³¹ Gleiches gilt für Klauseln, die gemäß den §§ 9, 10 und 11 AGBG unwirksam sind;³² hier bedarf es daher nicht einer Anfechtung gemäß § 119 Abs. 1 wegen Inhaltsirrtums.

Aber nicht nur wegen des Inkrafttretens des AGB-Gesetzes, sondern vor allem auch wegen der Rechtsgrundsätze „Auslegung geht vor Anfechtung“ und „falsa demonstratio non nocet“³³ sowie wegen des Prinzips der völligen Unbeachtlichkeit jedes Irrtums im Beweggrund bei § 119 Abs. 1³⁴ darf dem Inhaltsirrtum als Anfechtungsgrund für die Praxis zur Regelung von Rechtsverstoßen bei der Vertragsanbahnung keine allzu große Bedeutung beigemessen werden. Anknüpfungspunkt der Anfechtung wegen Inhaltsirrtums ist nur die Inkongruenz zwischen dem durch Auslegung zu ermittelnden Inhalt einer rechtsgeschäftlichen Erklärung und dem Willen des Erklärenden. Dagegen betrifft § 119 Abs. 1 nicht die viel häufigeren Fälle, in denen der Wille zwar die Erklärung deckt, aber auf einer fehlerhaften Grundlage gebildet worden ist, denn § 119 Abs. 1 berücksichtigt nur die Fehlerhaftigkeit der Willensäußerung, nicht aber der Willensbildung.³⁵

³⁰ Staudinger/Coing, § 119, Rdz. 48; RGRK, § 119, Anm. 7; differenzierend Liebs, AcP 174 (1974) 26ff.; Fikentscher, S. 102, löst dieses Problem unter Hinweis auf einen versteckten Dissens.

³¹ Einzelheiten s. bei Löwe/v. Westphalen/Trinkner, Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, § 3, Rdz. 8, unter Hinweis auf die frühere Rechtsprechung.

³² Vgl. zu diesem System der gesetzlichen Inhaltskontrolle Löwe/v. Westphalen/Trinkner, § 8, Rdz. 1ff.; Ulmer/Brandner/Hensen, Einführung vor § 8, Rdz. 1ff.; s. oben I.3.

³³ Vgl. dazu Flume, S. 417f.; es muß ein auch durch Auslegung nicht zu beseitigender Zwiespalt zwischen Wille und Erklärung gegeben sein. Vgl. dazu statt vieler Larenz, AT, S. 326. Es gilt der Grundsatz, daß der durch Auslegung zu ermittelnde kongruente Parteiwille über der normalerweise verkehrsblichen Bedeutung von rechtsgeschäftlichen Erklärungen steht. Bei subjektiver Einigkeit zwischen den Parteien schadet auch ein objektiv anderslautender Sprachgebrauch nicht. Eine Anfechtung muß ausscheiden, denn Parteiwille und in ihrer Bedeutung relativierend ausgelegte Erklärung stimmen überein.

Zu einem Fall der „falsa demonstratio non nocet“ aus dem Verbraucheralltag s. Lehmann, M., Verkauf unter Einstandspreis und Lockvogelwerbung. Eine rechtsvergleichende Untersuchung, GRUR Int. 1977, 135 (143): Ein deutscher Waschmittelhersteller wirbt regelmäßig, rechtlich formal unrichtig, aber nicht irreführend, mit dem Slogan „diese Ware jetzt im Angebot“ für seine Sonderangebote. Zur formalen Unrichtigkeit von Angaben vgl. auch Schrickler/Lehmann, Werbung/Unlauterer Wettbewerb, Rdz. 30.

³⁴ Flume, S. 415ff., 424ff., 432: „Der Motivirrtum betrifft dagegen das Verhältnis von Rechtsgeschäft und Wirklichkeit ... Würde man nun die unrichtige Vorstellung von der Wirklichkeit als Nichtigkeits- oder Anfechtungsgrund gelten lassen, so würde dies bedeuten, daß das Risiko der richtigen Vorstellung von der Wirklichkeit jeweils dem Erklärungsgegner aufgeladen würde.“ Dies gilt nicht für § 119 Abs. 2, s. unten 4.3.

³⁵ Medicus, Rdz. 132; Flume, S. 457ff.

Täuschende Marketingbemühungen bewirken aber regelmäßig nicht einen Irrtum über den Sinn oder Inhalt einer rechtsgeschäftlichen Erklärung, sondern einen „Realitätsirrtum“.³⁶ Werbeangaben wollen nur in seltenen Fällen über den Inhalt von Rechtsgeschäften, insbesondere von Verträgen informieren, so daß durch sie nur ausnahmsweise einmal ein Irrtum über den Inhalt eines Rechtsgeschäfts bewirkt werden kann. In der Werbepaxis überwiegen vor allem die Bemühungen um eine „qualitative Bedarfsformung“,³⁷ d.h. um eine Aufklärung über die Eigenschaften einer gewerblichen Leistung, insbesondere eines Produkts; Werbung will in den meisten Fällen Produktinformation vermitteln, um damit zu einem Geschäftsabschluß anzureizen. Deswegen ist der typische durch Vertragsanbahnungsbemühungen bewirkte Irrtum nicht ein Erklärungs- oder Inhaltsirrtum, sondern der Eigenschaftsirrtum,³⁸ sofern er überhaupt rechtlich relevant ist.

4.3. Eigenschaftsirrtum – § 119 Abs. 2 BGB

Der Eigenschaftsirrtum unterscheidet sich in einem wesentlichen Punkt vom Erklärungs- und Inhaltsirrtum; während der Erklärungs- und Inhaltsirrtum gemäß § 119 Abs. 1 als Voraussetzung hat, daß der Erklärende etwas anderes erklärt, als er eigentlich erklären wollte oder zu erklären meinte – Wille und Erklärung fallen auseinander –, ist für den Eigenschaftsirrtum gemäß § 119 Abs. 2 BGB bereits das Stadium der *Willensbildung* und die damit zusammenhängenden Vertragsanbahnungsmaßnahmen relevant. Er beeinflusst nicht erst den Vollzug oder die Exekution eines rechtsgeschäftlichen Willens, d.h. die Abgabe einer Willenserklärung, sondern den im zeitlich früheren Stadium der Vertragsanbahnung³⁹ liegenden Prozeß des Willensentchlusses und der Willensbildung.⁴⁰

Der für den Bereich der Vertragsanbahnung zentrale Anfechtungsgrund ist konsequenterweise nicht der Erklärungs- oder Inhaltsirrtum, sondern der Eigenschaftsirrtum.⁴¹ Entscheidend ist dabei, daß dieser Irrtum über tatsächliche Umstände, über Eigenschaften einer Person oder Sache, in der Regel nur den Willensentschluß beeinflusst, eine ganz bestimmte rechtsgeschäftliche Erklärung abzugeben; die dann abgegebene Erklärung selbst ist fehlerfrei, denn sie besagt gerade das, was der Erklärende in diesem Augenblick tatsächlich sagen wollte.⁴² Wille und Erklärung stim-

³⁶ Vgl. zu diesem Begriff Flume, S. 432.

³⁷ Leitherer, E., Betriebliche Marktlehre, 2. Teil, S. 115 ff.; Kotler, S. 669 ff.

³⁸ Vgl. dazu die Fallbeispiele bei v. Falckenstein, I. Rdz. 86 ff.; II, Tabelle 39. Auch die Gerichte haben bislang das Vorliegen eines Inhaltsirrtums nur sehr selten anerkannt; Liebs, AcP 174 (1974) 54; vgl. in diesem Zusammenhang auch das Gutachten des MPI Hamburg: Die materielle Gültigkeit von Kaufverträgen. Ein rechtsvergleichender Bericht, S. 46 ff., 91; sowie Schumacher, S. 47 f.

³⁹ S. oben I.1.

⁴⁰ Larenz, AT, S. 331.

⁴¹ Sack, Folgeverträge, S. 15 f.; Trinkner, BB 1975, 1493 f.; vgl. auch Henrich, D., Die unbe-
wußte Irreführung, AcP 162 (1962) 88 ff.; Schumacher, S. 48.

⁴² Larenz, AT, S. 331 f.; Medicus, Rdz. 135 ff.; Flume, S. 474 ff.

men daher überein, aber Vorstellung und Wirklichkeit fallen auseinander; der Irrtum bewirkt eine fehlerhafte Willensbildung. Ohne diesen Irrtum wäre ein Willensentschluß nicht oder auf jeden Fall nicht so getroffen worden.

Voraussetzung für die Zulässigkeit einer Anfechtung gemäß § 119 Abs. 2 ist aus der Sicht des Erklärenden eine Diskrepanz zwischen den vorgestellten und den wirklichen Eigenschaften einer Person oder einer Sache, die als verkehrswesentlich anzusehen sind. Hinsichtlich dieser grundsätzlichen Überlegungen läßt sich noch eine gewisse Einigkeit in der Literatur und Rechtsprechung feststellen.⁴³

Äußerst umstritten ist demgegenüber seit jeher zum ersten, inwieweit die Eigenschaft, auf die sich der Irrtum bezieht, Inhalt der gegenseitig ausgetauschten rechtsgeschäftlichen Erklärungen geworden sein muß,⁴⁴ und, damit eng zusammenhängend, zum zweiten, wo bei § 119 Abs. 2 BGB die Grenze zu dem nach herrschender Meinung grundsätzlich unbeachtlichen Motivirrtum zu ziehen ist.⁴⁵

Die Rechtsprechung versucht, eine Abgrenzung durch die Auslegung des Begriffs verkehrswesentliche Eigenschaften in § 119 Abs. 2 zu treffen.⁴⁶ Sie zählt zu den „Eigenschaften“ außer den körperlichen Gegebenheiten einer Sache (Größe, Gewicht etc.) auch solche tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse, die wegen ihrer Dauer oder ihrer objektiven Bedeutung einen wesentlichen Einfluß auf deren allgemeine Wertschätzung ausüben; nach § 119 Abs. 2 sind danach aber nur diejenigen Faktoren eine „Eigenschaft“, die den Wert eines Gegenstands „unmittelbar“ wesentlich zu bestimmen pflegen.⁴⁷ In der Praxis erweist sich jedoch diese Abgrenzung nach unmittelbaren und mittelbaren Eigenschaften als unscharf und mehrdeutig, so daß eine klare Linie in der Rechtsprechung nicht existiert.⁴⁸ Ist z. B. die wirtschaftliche Verwertungsmöglichkeit eines Kaufgegenstands, die in der Werbung besonders angepriesen wird, eine diesem Gegenstand anhaftende mittelbare oder unmittelbare Eigenschaft?⁴⁹

⁴³ Vgl. die Zusammenstellung des Meinungsstands bei MünchKom/Kramer, § 119, Rdz. 87 ff.; Soergel/Hefermehl, § 119, Rdz. 32 ff.; Medicus, Rdz. 138 ff.

⁴⁴ Vgl. insbesondere die unterschiedlichen Auffassungen von Larenz, AT, S. 332 f., einerseits und Flume, Eigenschaftsirrtum und Kauf, S. 100 ff.; ders., Rechtsgeschäft, S. 474, andererseits. Zur Darstellung dieser unterschiedlichen Meinungen s. a. a. O., oben, Fußn. 43.

⁴⁵ Palandt/Heinrichs, § 119, Anm. 1 a; RGRK, § 119, Anm. 68; Flume, S. 491; Larenz, AT, S. 331 f.; vgl. auch Schumacher, S. 48.

⁴⁶ MünchKom/Kramer, § 119, Rdz. 87; Medicus, Rdz. 138; RGRK, § 119, Anm. 32 ff.

⁴⁷ Vgl. die Nachweise RGRK, § 119, Anm. 36 ff.; Palandt/Heinrichs, § 119, Anm. 4; MünchKom/Kramer, § 119, Rdz. 87, 112 ff.

⁴⁸ Statt vieler Medicus, Rdz. 138, 139; MünchKom/Kramer, § 119, Rdz. 87; Flume, S. 476.

Vgl. z. B. BGHZ 34, 43 ff. (41): „... verkehrswesentliche Eigenschaften einer Sache nur aus tatsächlichen und rechtlichen Verhältnissen ergeben können, welche die Beziehung der Sache zur Umwelt betreffen. ... Dies trifft für das Eigentum der Sache nicht zu. Es ist nicht ersichtlich, inwieweit dieses auf die Brauchbarkeit und den Wert der Sache Einfluß haben kann.“ Richtig wäre es gewesen, die Anfechtbarkeit wegen § 440 BGB auszuschließen.

⁴⁹ Der BGH hat z. B. das Vorliegen eines Anfechtungsgrunds gemäß § 119 Abs. 2 im Fall des Fehlens von bestimmten, in Katalogen werblich besonders herausgestellten Verwendungsmöglichkeiten eines Heilgeräts verneint, BGHZ 16, 54 (57); vgl. weitere Beispiele, a. a. O., Fußn. 48.

Sehr unklar ist außerdem, inwieweit diese Eigenschaften zum gemeinsamen Inhalt der geschäftlichen Vereinbarungen zwischen den Parteien geworden sein müssen oder ob schon eine Art einseitige, dem anderen Partner jedoch zumindest erkennbare „Geschäftsgrundlage“ genügt.⁵⁰

Insbesondere Flume⁵¹ und ihm folgend Medicus⁵² sowie Staudinger/Coing⁵³ und Enneccerus/Nipperdey⁵⁴ halten einen Eigenschaftsirrtum gemäß § 119 Abs. 2 nur dann als beachtlich und somit als einen von der Rechtsordnung anerkannten Anfechtungsgrund, wenn auf diese Eigenschaft im Rechtsgeschäft zumindest stillschweigend Bezug genommen wurde, diese somit Inhalt einer rechtsgeschäftlichen Erklärung geworden ist. Als Anfechtungsgrund anerkannt wird daher nur der „rechtsgeschäftliche Eigenschaftsirrtum“.⁵⁵

Auch der BGH steht dieser Ansicht nahe, ohne daß er sich jedoch der Theorie Flumes ausdrücklich angeschlossen hätte:⁵⁶ „Tatsächliche und rechtliche Verhältnisse der Sache, die zufolge ihrer Beschaffenheit und vorausgesetzten Dauer nach den Verkehrsanschauungen einen Einfluß auf die Wertschätzung auszuüben pflegen und die den Begriff der Eigenschaften i. S. des § 119 Abs. 2 BGB erfüllen, können infolgedessen zu einer Anfechtung wegen Irrtums nur dann führen, wenn sie dem Vertrag zugrunde gelegt wurden, ohne daß sich die Verhandlungen zu einer Zusage nach §§ 459 Abs. 2, 463 BGB verdichtet hatten.“⁵⁷

Einen anderen Ansatz wählt Larenz,⁵⁸ der im Anschluß an die Überlegungen von Zitelmann⁵⁹ den § 119 Abs. 2 als einen Sonderfall des Motivirrtums betrachtet, der ausnahmsweise doch als Anfechtungsgrund, soweit eben in § 119 Abs. 2 eigens bestimmt, anerkannt wird. Diese Auffassung, den § 119 Abs. 2 als eine Sonderregelung für den Irrtum im Beweggrund zu betrachten, läßt sich am besten mit dem Wortlaut dieser Regelung⁶⁰ und den mit der Schaffung dieses Absatzes verbundenen gesetzgeberischen Intensionen vereinbaren. Nach dem ersten Entwurf zum BGB sollte ursprünglich jeder Eigenschaftsirrtum unbeachtlich sein; erst die zweite Kommission ging davon aus, daß dieser Standpunkt „dem Bedürfnisse des Verkehrs, der

⁵⁰ S. die Unterscheidung bei Lange/Köhler, S. 377.

⁵¹ Flume, S. 474; ders., Eigenschaftsirrtum und Kauf, S. 18 ff., 31.

⁵² Medicus, Rdz. 140, der vor allem die Parteiautonomie betont und es den Geschäftspartnern überlassen will, selbst zu bestimmen, worauf es ihnen bei einem Vertragsschluß ankommt.

⁵³ § 119, Rdz. 16.

⁵⁴ § 168, I, S. 1043.

⁵⁵ Zu diesem Begriff s. Lange/Köhler, S. 377.

⁵⁶ MünchKomm/Kramer, § 119, Rdz. 87.

⁵⁷ BGHZ 16, 57, unter Hinweis auf RGZ 64, 266 (269); zur Darstellung dieser Rechtsprechung s. Flume, S. 474 ff. (476).

⁵⁸ Larenz, K., Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, 3. Aufl., S. 20, 21; ders., AT, S. 331 ff., 333; vgl. auch Erman/Westermann, § 119, Rdz. 14; Lehmann/Hübner, S. 263 ff.; Fikentscher, S. 382, 398 f.; Lange/Köhler, S. 377; Palandt/Heinrichs, § 119, Anm. 4.

⁵⁹ Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft, S. 414; vgl. auch die Darstellung bei Staudinger/Coing, § 119, Rdz. 16.

⁶⁰ MünchKomm/Kramer, § 119, Rdz. 91.

Billigkeit und dem Zuge der modernen Rechtsentwicklung nicht gerecht werde“.⁶¹ Klare und in nähere Einzelheiten gehende Vorstellungen haben die Verfasser des BGB über die Zulässigkeit einer Anfechtung wegen eines Irrtums im Beweggrund offenbar jedoch nicht gehabt;⁶² aber der Schaffung des § 119 Abs. 2 läßt sich als Grundwertung des BGB entnehmen, daß auf jeden Fall bestimmte Irrtümer im Beweggrund als Anfechtungsgrund zu berücksichtigen sind; nicht jeder Motivirrtum kann daher als unbeachtlich betrachtet werden.

Daran anknüpfend hat neuerdings Kramer⁶³ die Auffassung vertreten, daß § 119 Abs. 2 einen allerdings nur rudimentären, lückenhaften Ansatz zu einer Gesamtre-

⁶¹ Protokolle, I, 114; Antrag ... 3. dem § 98 folgenden Zusatz beizufügen:

Der Irrthum über den Inhalt der Erklärung umfaßt auch den Irrthum über Eigenschaften der Person oder des Gegenstandes, wenn diese nach den im Verkehre herrschenden Anschauungen bestimmend sind.

Die Komm. nahm den Antrag 3. seinem sachlichen Inhalte nach an. Sie ging davon aus, daß in Betreff des Irrthums über Eigenschaften der Person oder der Sache der Standpunkt des Entw., *nach welchem ein solcher Irrthum als ein bloßer Irrthum im Beweggrunde stets außer Betracht bleiben solle*, dem Bedürfnisse des Verkehrs, der Billigkeit und dem Zuge der modernen Rechtsentwicklung *nicht* gerecht werde. Die letztere, wie sie im gemeinen Rechte, im preuß.-A.L.R., (mit einer Modifikation) im code civil, im schweiz. Obligationenrecht, in allen neueren Entwürfen sowie in der Rechtsprechung des Reichsgerichts sich zeige, weise darauf hin, den Irrthum über Eigenschaften dann für beachtlich zu erklären, wenn diese nach den im Verkehre herrschenden Anschauungen als wesentlich anzusehen sind. Ein auf einem solchen Irrthume beruhendes Geschäft sei für den Irrenden nicht selten nachtheiliger als ein Geschäft, bei dem er sich über den Geschäftsgegenstand selbst geirrt habe. Solle aber hiernach der in Rede stehende Irrthum als Anfechtungsgrund Beachtung finden, so empfehle es sich, dies im Gesetze zum Ausdrucke zu bringen; denn wenn nach den gefaßten Beschlüssen der Irrthum über den ‚Inhalt‘ der Willenserklärung als beachtlich bezeichnet werde, so sei die Auslegung nicht ausgeschlossen, daß hierunter der Irrthum über Eigenschaften, als bloßer Irrthum im Beweggrunde, nicht falle.“ (Hervorhebungen vom Verfasser.)

S. auch v. Tuhr, II, 1, S. 578 ff. Vgl. in diesem Zusammenhang auch Lampe, NJW 1978, 682, der, ebenso wie die Protokolle, auf die rechtsethische Vergleichbarkeit des Inhaltsirrtums mit dem Motivirrtum hinweist; diese Wertung wird auch durch das Ergebnis der rechtstatsächlichen Untersuchungen des MPI erhärtet, s. oben I, 4.

Zu der besonders gelungenen Irrtumsregelung im schweizerischen Recht S. Guhl, S. 135 ff.; v. Tuhr, § 37; Berner Kommentar, Vorbem. zu Art. 23–31; Oftinger, § 8, S. 112 ff. Gemäß Art. 24 Nr. 3 OR ist auch der „Grundlagenirrtum“ trotz der allgemeinen Unbeachtlichkeit des Motivirrtums zu berücksichtigen. Vgl. aus dem Art. 31 Abs. 1 OR: „Wenn der durch Irrtum, Täuschung oder Furcht beeinflusste Teil binnen Jahresfrist weder dem anderen eröffnet, daß er den Vertrag nicht halte, noch eine schon erfolgte Leistung zurückfordert, so gilt der Vertrag als genehmigt.“

Art. 31 Abs. 3 OR: „Die Genehmigung eines wegen Täuschung oder Furcht unverbindlichen Vertrages schließt den Anspruch auf Schadensersatz nicht ohne weiteres aus.“

⁶² Flume, S. 473.

⁶³ MünchKomm/Kramer, § 119, Rdz. 96 ff. (98); mit Schmidt-Rimpler muß jedoch darauf hingewiesen werden, daß § 119 Abs. 1 und 2 primär nur eine Regelung des Irrtums, nicht aber der Divergenz von Soll- und Ist-Beschaffenheit einer Kaufsache sind; s. Schmidt-Rimpler, W., Eigenschaftsirrtum und Erklärungsirrtum, in Festschrift für Heinrich Lehmann zum 80. Geburtstag, Berlin 1956, Bd. I, S. 213 ff., 226 ff.; Schmidt-Rimpler verweist insoweit insbesondere auf die Regelungen der §§ 306 und 459 ff. BGB. Vgl. dazu auch Larenz, AT, S. 333 ff.

gelung des Anfechtungsproblems für alle „Sachverhaltsirrtümer“ darstellt und daher als Regelung „parte pro toto“ betrachtet werden müsse; als materielles Rege-
lungskriterium schlägt er dabei den Gedanken der Risikotragung vor und will auf die Veranlassung bzw. offenbare Erkennbarkeit eines Irrtums abstellen. Entscheidend soll sein, welcher Risikosphäre der Irrtum zugerechnet werden muß.

Diese Auffassung, den § 119 Abs. 2 als *Sonderregelung für den Irrtum im Beweggrund* zu betrachten, muß deswegen hier besonders hervorgehoben werden, weil damit an Elemente der Vertragsanbahnung nicht die Anforderung einer rechtsgeschäftlichen oder rechtsgeschäftsähnlichen Qualifikation gestellt wird, um sie als relevant für die Beurteilung rechtsgeschäftlicher Beziehungen betrachten zu können. Auch der Irrtum im Beweggrund, der nicht Inhalt einer rechtsgeschäftlichen Vereinbarung geworden ist, stellt einen Anfechtungsgrund gemäß § 119 Abs. 2 dar, wenn die dort näher umschriebenen Voraussetzungen erfüllt sind.

Die zur Lehre vom „rechtsgeschäftlichen Eigenschaftsirrtum“ aufgezeigten Meinungsgegensätze sind andererseits allerdings nicht so gravierend, als dies vielleicht auf den ersten Blick erscheinen möchte. Auch die abweichende Meinung und insbesondere Flume betrachten nämlich alle Eigenschaftsvorstellungen des Erklärenden als zum rechtsgeschäftlichen Inhalt seiner Willenserklärung gehörig, die dieser entweder explizit zum Ausdruck brachte oder mit welchen der Erklärungsempfänger vernünftigerweise rechnen mußte.⁶⁴ In materieller Hinsicht ergeben sich daher, trotz unterschiedlicher rechtstheoretischer Fundierung, nur in wenigen Fällen divergierende Ergebnisse.

Geht man mit der zur Beurteilung der Vertragsanbahnung weiterführenden letzteren Meinung davon aus, daß § 119 Abs. 2 eine gesetzlich geregelte Ausnahme von dem Grundsatz der Nichtbeachtlichkeit des Motivirrtums ist, bereitet deren Abgrenzung und inhaltliche Bestimmung aber immer noch genügend dogmatische Schwierigkeiten.⁶⁵ Als Anfechtungsgrund gemäß § 119 Abs. 2 anerkannt ist nur der Irrtum über wesentliche Eigenschaften einer Person, einer Sache, eines Rechts oder eines sonstigen Geschäftsgegenstands, wenn dieser Irrtum für die Abgabe der Willenserklärung ursächlich war. Unter Eigenschaften versteht diese Meinung nur solche Umstände einer Person oder einer Sache, die ihre Beschaffenheit betreffen, also z.B. ihre Gestalt, Qualität, Farbe, die Echtheit eines Gemäldes, das Alter eines Kunstwerks, die Ertragsfähigkeit eines Grundstücks, die Kreditwürdigkeit einer Person. Um zu verhindern, daß allzu subjektiv-individuelle Vorstellungen und Gesichtspunkte als Anfechtungsgrund rechtlich anerkannt werden müßten, verlangt

⁶⁴ Vgl. Flume, S. 479 f.; Staudinger/Coing, § 119, Rdz. 17; Soergel/Hefermehl, § 119, Rdz. 23 ff. Diese Unterschiede gleichfalls hintanstellend, vgl. auch Palandt/Heinrichs, § 119, Anm. 4a: „Denn die Parteien gehen als selbstverständlich davon aus, daß die wesentlichen Eigenschaften von Person und Sache mindestens stillschweigend Inhalt der Erklärung sein sollen.“ Hier besteht aber die Gefahr, daß umfangreiche Teile des Parteiwillens nur rechtlich fingiert werden.

⁶⁵ Vgl. Larenz, AT, S. 335 ff.; Erman/Westermann, § 119, Rdz. 14 ff.; Palandt/Heinrichs, § 119, Anm. 4a.

weiterhin das Gesetz, daß diese betreffenden Eigenschaften im Verkehr als wesentlich angesehen werden. Ihnen muß daher eine gewisse Dauer oder ein objektives Gewicht beigemessen werden können.⁶⁶

Nicht als wesentliche Eigenschaft einer Sache betrachtet wird der Wert oder der Anschaffungspreis bzw. Marktpreis eines Kaufgegenstands.⁶⁷ Begründet wird dies überwiegend unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts damit, daß zwar „wertbildende Faktoren“, nicht aber der Wert einer Sache selbst eine Eigenschaft i. S. des § 119 Abs. 2 BGB darstellen könne.⁶⁸ Differenzierter äußert sich dazu Larenz:⁶⁹

„Es kann nicht geleugnet werden, daß der aus dem üblichen Preis oder dem letzten Börsenkurs sich ergebende ‚gemeine Wert‘ wirtschaftlich gesehen eine höchst bedeutsame Eigenschaft der Sache ist, die auch im Verkehr als eine solche angesehen wird. Wenn gleichwohl der Irrtum über den objektiven Wert oder den gewöhnlich erzielbaren Preis der Sache nicht als ein zur Anfechtung berechtigender Eigenschaftsirrtum angesehen wird, so liegt der Grund dafür letztlich in dem vom BGB vorausgesetzten System der freien Preisbildung, in der Marktwirtschaft. Der Preis aller Güter ebenso wie der Börsenkurs eines an der Börse gehandelten Papiers ist in einem solchen System keine feststehende Größe, sondern bildet sich ständig neu nach dem wirtschaftlichen Gesetz von Angebot und Nachfrage. Jeder, der für eine bestimmte Ware einen bestimmten Preis bietet oder bewilligt, wirkt an dieser ständigen Neubildung der Preise zu seinem Teil mit. Der Marktpreis oder der ‚gemeine Wert‘ ist danach das Resultat der von den am Marktgeschehen Beteiligten immer wieder erneut vorgenommenen Bewertungen. Folgerichtig muß jeder Beteiligte das Risiko selbst tragen, daß seine eigene Bewertung von der der übrigen Marktteilnehmer abweicht, daß er also sich mit einem niedrigeren Verkaufspreis begnügt als dem, den er hätte erzielen können, oder als Käufer einen höheren Preis bewilligt als den, um den er die Ware hätte erlangen können. Wollte man die Anfechtung wegen einer solchen Fehleinschätzung der Preise zulassen, so würde das zumal dann, wenn die Preise stark in Bewegung sind, zu größter Unsicherheit im Geschäftsleben führen.“

Trotz dieser weiterführenden Auslegung des § 119 Abs. 2 bleibt aber gerade unser Problem eines Rechtsverstoßes bei der Vertragsanbahnung unberücksichtigt. Unter diesem Aspekt betrachtet, gibt das Irrtumsanfechtungsrecht einem Nachfrager keinerlei Handhabe, wenn der Prozeß der freien Preisbildung in der Marktwirtschaft durch eine irreführende Angabe über einen Vergleichspreis, Neupreis oder ähnliches gestört worden ist. Das Risiko dieser Irreführung über den Wert oder den Preis einer Ware, sei sie bewußt oder unbewußt seitens des Anbieters begangen, wird auch durch diese erweiternde Auslegung des § 119 Abs. 2⁷⁰ einzig und allein dem

⁶⁶ Vgl. Larenz, AT, S. 335.

⁶⁷ Vgl. Larenz, AT, S. 336; Erman/Westermann, § 119, Rdz. 16; Staudinger/Coing, § 119, Rdz. 29; Palandt/Heinrichs, § 119, Anm. 4c.

Gleiches gilt grundsätzlich auch für die wirtschaftliche Verwertungsmöglichkeit eines Gegenstands, vgl. BGHZ 16, 54 (57), obwohl Werbeanpreisungen diese Eigenschaft immer wieder besonders hervorheben.

⁶⁸ Staudinger/Coing, § 119, Rdz. 29; Larenz, AT, S. 336f.; Palandt/Heinrichs, § 119, Anm. 4a. Diese Unterscheidung ist jedoch eine Farce. Was kann z. B. bei einem börsengängigen Wertpapier eigentlich wichtiger sein als der Kurswert?

⁶⁹ Larenz, AT, S. 336f.; er spricht sich grundsätzlich für die Zulassung einer Anfechtung gemäß § 119 Abs. 2 in diesen Fällen aus.

⁷⁰ Zur Bedeutung des § 123 BGB s. unten 4.6.

Nachfrager auferlegt. Dies kann aber unter den gegenwärtig veränderten wirtschaftlichen Umständen wegen der Verwendung der modernen Techniken der Vertragsanbahnung und der Absatzvorbereitung durch die Angebotsseite nicht mehr kritiklos hingenommen werden. Die Situation erinnert zu sehr an antiquierte Rechtsgrundsätze,⁷¹ die da lauteten „Augen auf, Kauf ist Kauf“ oder „Trau, schau wem“, als daß sie heute noch als ein Grundprinzip des Zueinanderfindens von Angebot und Nachfrage in unserer Wirtschaftsordnung undifferenziert akzeptiert werden könnten. Dies vor allem deshalb, weil das Ausmaß der kommunikativen Einwirkung der Angebots- auf die Nachfrageseite sich derartig vergrößert hat, daß heute prinzipiell von einer veränderten Grundsituation der Vertragsanbahnung⁷² ausgegangen werden muß. Das soll nicht besagen, daß erneut eine rechtswissenschaftliche Diskussion um die Festlegung eines gerechten Preises (*pretium iustum*)⁷³ begonnen werden müßte; der Preisbildungsprozeß muß zweifelsohne dem Markt und seinen Mechanismen vorbehalten bleiben. Andererseits dürfen aber auch Fälle wie die vorstehend beschriebenen,⁷⁴ bei welchen eine Preistäuschung sozusagen ein wichtiger Bestandteil einer Absatzmethode ist – Sonderangebote mit Sonderpreisen – nicht ohne bürgerlich-rechtlich adäquate Sanktion bleiben.⁷⁵ Ob allein § 119 Abs. 2 dafür das rechte Instrument ist, wird freilich noch zu prüfen sein.

Nicht nur in dem häufig anzutreffenden Fall einer Preistäuschung, sondern auch im Zusammenhang mit anderen Sachverhalten bereiten die Abgrenzungsprobleme des durch § 119 Abs. 2 geregelten Eigenschaftsirrturns vom sanktionslos bleibenden Motivirrtum der Praxis so große Schwierigkeiten, daß man letztlich doch zweifeln muß, ob die Irrturnsanfechtung gemäß § 119 Abs. 2 ein adäquates Mittel zur Regelung von ökonomischen Konflikten aus dem Bereich der Vertragsanbahnung sein könnte. Dies gilt z. B. für den Fall, daß die Angebotsseite einen erkannten Motivirrtum der Nachfrageseite⁷⁶ treuwidrig ausnutzt, sowie in allen Fällen, in denen die Rechtsprechung nur eine mittelbare Beeinflussung des Wertes eines Kaufgegenstands annimmt,⁷⁷ obwohl in der Werbung gerade diese Eigenschaft besonders herausgestellt wird, wie etwa der Ertrag oder die Rentabilität einer neu anzuschaffenden Maschine.⁷⁸ Neben diesen Abgrenzungsproblemen des Eigenschaftsirrturns

⁷¹ Vgl. dazu statt vieler Mitteis/Lieberich, Deutsche Rechtsgeschichte, 13. Aufl., S. 13.

⁷² S. dazu oben I.2. ff.

⁷³ Mitteis/Lieberich sehen in der Aufgabe des Gedankens des *pretium iustum* durch die Schaffung des BGB einen sozialen Rückschritt, vgl. a. a. O., S. 313.

Vgl. dazu auch MünchKomm/Kramer, § 119, Rdz. 112.

⁷⁴ S. oben I.4. Irreführende „Sonderangebote“, Ausschußwaren oder Waren „zweiter Wahl“, die in einem Discounterhaus immer noch teurer angeboten werden als in einem Fachgeschäft, können hierbei als besonders anschauliche Beispiele dienen.

⁷⁵ Schricker, ZRP 1975, 193 f.; ders., GRUR 1979, 3.

⁷⁶ S. dazu statt vieler Flume, S. 487 ff., 493: „Der Fall der treuwidrigen Ausnutzung des erkannten Motivirrtums läßt sich nicht der Irrturnsregelung des § 119 einordnen.“ Eine Lösung erfolgt hier üblicherweise über § 242 oder c. i. c.; vgl. dazu auch Schumacher, S. 54.

⁷⁷ S. oben, Fußn. 47.

⁷⁸ Soergel/Hefermehl, § 119, Rdz. 52.

vom unbeachtlichen Motivirrtum ist darüber hinaus für das Kaufrecht der grundsätzliche Vorrang der Gewährleistungsansprüche vor dem Anfechtungsrecht gemäß § 119 Abs. 2 entscheidend. Für die Praxis liegt hier der maßgebliche Gesichtspunkt, warum die spärlichen Ansatzpunkte des Anfechtungsrechts wegen Eigenschaftsirrtums gemäß § 119 Abs. 2 im konkreten Einzelfall häufig dann doch nicht weiter verfolgt werden können.⁷⁹

4.4. Der Vorrang des Gewährleistungsrechts vor der Anfechtung wegen Eigenschaftsirrtums

Nach der herrschenden Meinung in Rechtsprechung⁸⁰ und weit überwiegender Lehre⁸¹ ist die Anfechtung wegen eines Eigenschaftsirrtums gemäß § 119 Abs. 2 ausgeschlossen, soweit die Vorschriften über die Sachmängelhaftung eingreifen, weil die §§ 459 ff. BGB Sondervorschriften für das Abweichen der Ist- von der Sollbeschaffenheit einer Kaufsache darstellen. Begründet wird diese Auffassung für den Stückkauf mit dem Hinweis auf § 460 Satz 2⁸² sowie allgemein damit, daß der mit den Vorschriften über die Gewährleistung erstrebte, in den kurzen Verjährungsfristen deutlich zum Ausdruck kommende Zweck des Gesetzes, eine im Interesse des reibungslosen Geschäftsverkehrs möglichst glatte Abwicklung von Kaufgeschäften in verhältnismäßig kurzer Zeit zu bewerkstelligen, andernfalls zu stark gefährdet werden würde. Die bis zu dreißigjährige Frist der Irrtumsanfechtung würde die wohlabgewogenen Regelungen des Gesetzes über die Rechtsfolgen eines Sachmangels teilweise illusorisch machen und den Geschäftsverkehr prinzipiell mit einer zu großen Ungewißheit belasten.⁸³ Die Irrtumsanfechtung im Kaufrecht ist daher nur dann möglich, wenn der Irrtum nicht auf Fehlvorstellungen über verkehrswesentliche Eigenschaften einer Sache beruht, die zugleich einen Sachmangel i.S. des Gewährleistungsrechts gemäß §§ 459 ff. darstellen können.⁸⁴

⁷⁹ Trinkner, BB 1975, 1493; Schumacher, S. 48. Dieser Vorrang der Gewährleistung gilt allerdings nicht für die Anfechtungsgründe aus § 119 Abs. 1 BGB.

⁸⁰ BGHZ 34, 32 (34): „Auszugehen ist dabei von der vom BGH bestätigten und auch im Schrifttum weitgehend gebilligten Rechtsprechung des Reichsgerichts, nach der die Vorschriften der §§ 459 ff. BGB als Sondervorschriften die Anwendung des § 119 Abs. 2 BGB ausschließen.“ Ständige Rechtsprechung, vgl. RGZ 61, 175; 135, 340; 138, 356; Palandt/Putzo, Vorbem. vor § 459, Anm. 2 e.

⁸¹ Larenz, AT, S. 343; ders., Schuldrecht, BT, S. 62; Fikentscher, S. 398; Esser/Weyers, S. 68; Herberger, K., Rechtsnatur, Aufgabe und Funktion der Sachmängelhaftung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, S. 169 ff., 179; Flume, S. 484; Trinkner, BB 1975, 1493.

⁸² Gewährleistungsansprüche sind bei einer grob fahrlässigen Unkenntnis des Mangels seitens des Käufers grundsätzlich ausgeschlossen; die Anfechtung gemäß § 119 Abs. 2 wäre in einem derartigen Fall nicht ausgeschlossen.

⁸³ Aus gleichen Gründen soll daher auch die Lehre vom Fehlen der subjektiven Geschäftsgrundlage neben den Regelungen der Gewährleistung nicht angewendet werden; vgl. Larenz, Geschäftsgrundlage, S. 22, 95; ders., Schuldrecht, BT, S. 63.

⁸⁴ BGHZ 16, 54 (57); Larenz, Schuldrecht, BT, S. 62: „Wenn die Sache mit einem dem Käufer unbekannt gebliebenen Fehler behaftet ist oder ihr eine zugesicherte Eigenschaft fehlt,

Die Sonderregelung der Gewährleistung verdrängt das Anfechtungsrecht gemäß § 119 Abs. 2 von dem Moment ihres Eingreifens an; d.h. spätestens ab Gefahrübergang, regelmäßig also gemäß § 446 mit der Übergabe der Kaufsache an den Käufer.⁸⁵ Üblicherweise lassen sich aus dem Blickpunkt des Käufers Abweichungen in der durch Vertragsanbahnungsmaßnahmen beeinflussten Sollvorstellung von der Istbeschaffenheit eines Kaufgegenstands erst zu diesem Zeitpunkt feststellen, so daß gerade daher für die Massengeschäfte des Alltags dem Anfechtungsrecht neben dem Gewährleistungsrecht in der Praxis kaum Relevanz zukommen kann. Der Käufer wird regelmäßig den Mangel einer Kaufsache erst nach Übergabe derselben an ihn feststellen können.

Problematisch ist in diesem Zusammenhang außerdem, daß Gewährleistungsansprüche häufig z.B. in allgemeinen Geschäftsbedingungen abbedungen werden und daß bei einem wirksamen Ausschluß der Gewährleistungsansprüche auch die Anfechtungsrechte nach ständiger Rechtsprechung zugleich als abbedungen gelten.⁸⁶ Der Käufer läuft in diesem Moment Gefahr, praktisch rechtlos hinsichtlich etwaiger

wird sich der Käufer häufig (nicht notwendig immer) in einem Irrtum befunden haben ... Regelmäßig wird die vom Käufer irrümlich als vorhanden betrachtete Eigenschaft auch verkehrswesentlich sein, so daß sich der Käufer dann in einem nach § 119 Abs. 2 zu beachtenden Eigenschaftsirrtrum befunden hat.“

⁸⁵ Strittig ist, ob dies auch der Fall ist, wenn ausnahmsweise einmal Gewährleistungsansprüche schon vor Gefahrübergang geltend gemacht werden können; bejahend Larenz, Schuldrecht, BT, S. 63; a.A. BGHZ 34, 37; vgl. zu diesem Problemkreis die zusammenfassende Darstellung bei Medicus, Rdz. 344.

⁸⁶ Herrschende Meinung BGH 19. 12. 1966, BB 1967, 96, unter Hinweis auf die gleichlautende Rechtsprechung des Reichsgerichts; Palandt/Putzo, Vorbemerkung vor § 459, Anm. 2 e; Flume, S. 485; Soergel/Ballerstedt, vor § 459, Rdz. 28; Soergel/Hefermehl, § 119, Rdz. 78; a.A. zu Recht Schmidt-Salzer, J., Gewährleistungsausschluß und Irrtumsanfechtung, JZ 1967, 661 ff., der dies mit dem Hinweis darauf, daß nach ständiger Rechtsprechung und herrschender Lehre Freizeichnungsklauseln eng auszulegen seien, ablehnt; vgl. auch Liebs, D., „Fahrlässige Täuschung“ und Formularvertrag, AcP 174 (1974) 26 ff., 37. Zur engen Auslegung von Freizeichnungsklauseln vgl. auch BGH 10. 10. 1977, NJW 1978, 261.

Problematisch ist, ob diese Rechtsprechung heute nach Inkrafttreten des AGB-Gesetzes noch aufrechterhalten werden kann. In AGB kann gemäß § 11 Nr. 10 AGB-Gesetz für neu hergestellte Sachen eine völlige Freizeichnung für Gewährleistungsansprüche nicht vorgenommen werden. Außerdem müßte vermittels einer richtigen Auslegung des § 5 AGB-Gesetz (Unklarheitenregel) ausgeschlossen sein, daß mit einem zulässigen Gewährleistungsausschluß, und nur durch diesen, zugleich auch die Möglichkeit einer Irrtumsanfechtung als abbedungen gilt. Zum Restriktionsprinzip in § 5 AGB-Gesetz vgl. Löwe/v. Westphalen/Trinkner, Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, § 5, Rdz. 8f. Wenn die Haftung für verkehrswesentliche Eigenschaften neuer Waren im Rahmen des Gewährleistungsrechts nicht völlig ausgeschlossen werden kann, ist eine Anerkennung dieser Möglichkeit für das Anfechtungsrecht grundsätzlich gleichfalls abzulehnen.

Andererseits ist aber auch das Argument von Flume, S. 485, 486, nicht ohne weiteres von der Hand zu weisen, daß in einem derartigen Fall des Haftungsausschlusses jeglicher Gewährleistung der Kaufvertrag insgesamt sich ausdrücklich nicht auf die Beschaffenheit einer Kaufsache bezieht, so daß insoweit keinerlei Leistungsvereinbarung existiert. Im Einzelfall wird daher der Umfang eines Haftungsausschlusses jedesmal eine Frage der Auslegung der Freizeichnungsvereinbarungen sein.

Mängel einer Kaufsache gestellt zu werden und somit einer Situation ausgesetzt zu sein, die ausschließlich beim Kauf fabrikneuer Waren unter gleichzeitiger Verwendung eines Gewährleistungsausschlusses in allgemeinen Geschäftsbedingungen durch § 11 Nr. 10 AGB-Gesetz etwas abgemildert worden ist. Dem Käufer muß beim Kauf fabrikneuer Waren zumindest ein Nachbesserungsrecht und im Fall des Fehlschlagens dieser Nachbesserung ein Wandlungs- oder Minderungsrecht gewährt werden. Wird dieser Haftungsausschluß jedoch i.S. des § 1 Abs. 2 AGB-Gesetz „individuell ausgehandelt“,⁸⁷ ist er auch ohne diese Einschränkung des AGB-Gesetzes wirksam. Der Käufer wird dann in der Tat völlig rechtlos gestellt.⁸⁸

Der Vorrang des Gewährleistungsrechts ist außerdem mit den Unsicherheiten des Fehlerbegriffs des § 459, d.h. mit dem rechtsdogmatischen Abgrenzungsproblem des Bereichs der Nichterfüllung im Gegensatz zur Schlechterfüllung unter gleichzeitiger Beschränkung auf Gewährleistungsansprüche belastet.⁸⁹ Zur Klärung der Konkurrenzfragen soll jedoch hier zunächst einmal die Feststellung genügen, daß wegen dieses Vorrangs der Gewährleistung die Anfechtung wegen eines Eigenschaftsirrums gemäß § 119 Abs. 2 BGB regelmäßig dann ausgeschlossen sein wird, wenn der Käufer nach Übergabe der Kaufsache feststellen muß, daß die im Zug der Vertragsanbahnung gemachten Angaben über die Beschaffenheit eines Kaufgegenstands nicht oder nicht vollständig mit der Realität übereinstimmen. Die Vorschriften des § 119 Abs. 2 und der Haftung für Fehler einer Kaufsache gemäß § 459 behandeln insoweit den gleichen Tatbestand, als ein Abweichen des Gegenstands eines Rechtsgeschäfts von der dem Rechtsgeschäft entsprechenden Beschaffenheit zum sachlichen Anknüpfungspunkt beider Regelungen gehört.⁹⁰ In diesem Fall verdrängen die speziellen Vorschriften der §§ 459ff. die allgemeine Irrtumsregelung des Eigenschaftsirrums. Dieser Vorrang gilt auch, wenn aus Gründen, die aus dem Bereich der Gewährleistungsregelungen herrühren, im konkreten Einzelfall Ansprüche aus Gewährleistung nicht entstehen können. Der Vorrang des Gewährleistungsrechts vor dem Anfechtungsrecht wegen Eigenschaftsirrums ist ein Vorrang des Regelungsbereichs als solchem i.S. einer exklusiven Normenkonkurrenz.⁹¹ Jedesmal

⁸⁷ Zu der Streitfrage, unter welchen Voraussetzungen ein individuelles Aushandeln gegeben ist, s. oben II.2; bei Fußn. 24ff.

⁸⁸ Einzelheiten zum Haftungsausschluß von Gewährleistungsansprüchen s. unten III. Kapitel, 7.

⁸⁹ Zur Behandlung von Werbeangaben im Rahmen der Definition des Fehlerbegriffs und der Zusicherung von Eigenschaften gemäß § 459 s. unten; III. 7.2. vgl. dazu statt vieler den Überblick des Meinungsstands bei Medicus, Rdz. 317ff., 322, 342.

⁹⁰ Larenz, Schuldrecht, BT, S. 62; Flume, S. 484. Ein entscheidender Unterschied besteht, wie wir bei späterer Untersuchung der Gewährleistungsvoraussetzungen noch genauer sehen werden, jedoch darin, daß die h.M. bei § 459 BGB wieder an das Erfordernis rechtsgeschäftlicher Gegebenheiten anknüpft, während bei § 119 Abs. 2 BGB Elemente der Vertragsanbahnung, Beweggründe, die nicht zum rechtsgeschäftlichen Inhalt eines Geschäftsabschlusses gehören, unter bestimmten Umständen auch als Anfechtungsgrund anerkannt werden können.

⁹¹ S. allgemein zur Konkurrenzlehre Georgiadis, A., Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und Zivilprozeßrecht, S. 63ff., 69. Zum Konkurrenzverhältnis von § 459 zu § 119 Abs. 2 BGB vgl. Larenz, Schuldrecht, BT, S. 63, Fußn. 3.

wenn prinzipiell der Bereich der Gewährleistung eröffnet ist, weil ein Fehler i. S. des § 459 vorliegt, muß daher die Anfechtungsmöglichkeit gemäß § 119 Abs. 2 als ausgeschlossen betrachtet werden.⁹²

4.5. Die Geltendmachung der Anfechtung gemäß § 119 BGB

Neben den Schwierigkeiten der genauen inhaltlichen Bestimmung der verschiedenen Anfechtungsgründe gemäß § 119 sind es auch die Regelungen der §§ 121 und 122, die einer praxisnahen Lösung der aktuellen Probleme der Vertragsanbahnung in wesentlichen Punkten im Wege stehen. Der Anfechtende muß dem Erklärungsgegner seine Anfechtungserklärung unverzüglich, d. h. ohne schuldhaftes Zögern, nach Erlangung der Kenntnis des Anfechtungsgrunds übermitteln und diesem unter Umständen sogar Schadensersatz leisten.⁹³ Diese äußerst knapp bemessene Frist für die Ausübung des Gestaltungsrechts der Anfechtung⁹⁴ gewährt regelmäßig nicht die Möglichkeit, mit dem Verkäufer in Verhandlungen über eine einvernehmliche Regelung oder Stornierung des Geschäftsabschlusses zu treten, sondern erfordert innerhalb relativ kurzer Zeit nach Kenntniserlangung vom Käufer die Entscheidung für oder gegen eine Anfechtung, wobei auch noch das Risiko einer eventuellen Schadensersatzpflicht mit berücksichtigt werden muß.⁹⁵ Diese kurze Frist rührt daher, daß das Anfechtungsrecht wegen seiner prinzipiellen Anknüpfung an die Willens- theorie⁹⁶ nicht so sehr auf den Fall einer vielleicht sogar durch den Verkäufer schuldhaft bewirkten Irrtumserregung, als vielmehr, wie § 122 Abs. 1 zeigt, auf einen Irrtum des Erklärenden abstellt, dessen Ursache in dessen eigener Risikosphäre liegt;⁹⁷ ohne die Berücksichtigung eines Verschuldens soll der Erklärende die

⁹² Noch weiter ging das RG in dem Fall RGZ 97, 351, 352, das eine Anfechtung gemäß § 119 Abs. 2 BGB aus Rechtsgründen auch dann versagte, wenn das Vorliegen eines Fehlers gemäß § 459 Abs. 1 verneint wurde. Die h. M. verlangt demgegenüber das Vorliegen eines Fehlers gemäß § 459 BGB, damit der Vorrang des Gewährleistungsrechts eingreifen kann. Vgl. Palandt/Putzo, Vorbemerkung vor § 459, Ansm. 2 e; Erman/Westermann, § 119, Rdz. 23; Esser/Weyers, S. 69; Soergel/Hefermehl, § 119, Rdz. 74; Fikentscher, S. 399.

⁹³ Sack, Folgeverträge, S. 16, weist zu Recht darauf hin, daß man im Fall einer rechtswidrigen Vertragsanbahnung analog § 122 Abs. 2 eine Schadensersatzpflicht ausschließen kann. Schwierigkeiten kann dies aber bereiten, wenn der Anfechtungsgegner (z. B. ein Händler) den Anfechtungsgrund, der auf einer Herstellungswerbecampagne beruht, nicht kannte und gleichfalls auch nicht kennen mußte. Einzelheiten zu diesem Problem der Absatzfunktionsaufteilung zwischen Industrie und Handel s. unten III. 7.1.8.

⁹⁴ Eine Überlegungsfrist, die auch die Konsultation eines Rechtskundigen ermöglicht, wird dem Anfechtenden jedoch zugestanden, s. Palandt/Heinrichs, § 121, Anm. 3.

⁹⁵ Z. B. nach schweizerischem Recht ist dafür immerhin eine Jahresfrist vorgesehen, s. Art. 31 OR.

⁹⁶ S. statt vieler Flume, S. 54 ff., 448.

⁹⁷ Zum Gedanken der Risikotragung bei der Anfechtung s. MünchKomm/Kramer, § 119, Rdz. 96 ff., 98; die Ausführungen von Kramer zeigen gerade, daß dieser Gedanke der Risikosphäre erst völlig neu in das Anfechtungsrecht des BGB hineingetragen werden müßte und daß gegenwärtig insoweit im äußersten Fall nur ein „allerdings rudimentärer, lückenhafter Ansatz“

Möglichkeit erhalten, in jedem Fall, wenn zwischen seinem rechtsgeschäftlichen Willen und seiner Erklärung keine Konkurrenz besteht, die eigene Willensäußerung anfechten zu können. Von diesem Ausgangspunkt aus betrachtet, erfordert der Verkehrsschutz, daß eine etwaige Anfechtung möglichst bald erklärt wird; für unter Umständen längerwierige Verhandlungen zwischen Käufer und Verkäufer über die Zurechenbarkeit einer Irrtumserregung ist daher kein Raum gegeben.

Auch die in § 122 niedergelegte Schadensersatzpflicht des Anfechtenden, die zumindest auf den ersten Blick regelmäßig besteht,⁹⁸ wird häufig dazu verleiten, dieses Schadensersatzrisiko wegen einer Anfechtung aufgrund eines Rechtsverstoßes bei der Vertragsanbahnung erst gar nicht einzugehen.

Schließlich führt eine wirksame Anfechtung gemäß § 142 immer nur zur Nichtigkeit des angefochtenen Rechtsgeschäfts; der anfechtende Käufer wird dadurch zwar seiner rechtlichen Verpflichtungen, die aus diesem Geschäft herrühren, entbunden, kann aber seinerseits keinen Schadensersatzanspruch gemäß § 122 geltend machen. In manchen Fällen wird aber der Käufer gar nicht die vollständige Annullierung seines Geschäftsabschlusses, sondern nur Schadensersatz wegen eines Rechtsverstoßes bei der Vertragsanbahnung begehren, weil er aus bestimmten Gründen an dem bereits vollzogenen Güteraustausch festhalten möchte. Eine derartig differenzierte Regelung kennt aber das Anfechtungsrecht nicht.

Die Anfechtung wegen Eigenschaftsirrthums gemäß § 119 Abs. 2 erweist sich somit aus den vorstehend dargelegten Gründen regelmäßig nicht als ein geeignetes Instrument, um eine Haftung für anlässlich einer Vertragsanbahnung gemachte Angaben über einen Kaufgegenstand begründen zu können oder sonst den Bereich der Vertragsanbahnung angemessen rechtlich zu regeln.

Gleichwohl können wir hier einen ersten wichtigen Ansatzpunkt für die Lösung der aktuellen Problematik der Vertragsanbahnung entdecken, denn die Regelung des § 119 Abs. 2 zeigt, daß Beweggründe, die zum Abschluß eines Vertrags führen, bürgerlich-rechtlich nicht prinzipiell als gänzlich irrelevant beurteilt werden dürfen. Ohne Gedanken dieser Arbeit, die später noch genauer erörtert werden, vorwegnehmen zu wollen, soll schon an dieser Stelle an einen Einleitungssatz von Rudolf v. Jhering⁹⁹ zu seiner Abhandlung „Culpa in contrahendo“ erinnert werden:

„Bei dem Vortrage der Lehre vom wesentlichen Irrthum in meinen Vorlesungen machte mir schon seit Jahren ein Punkt große Schwierigkeiten, auf den ich eine befriedigende Auskunft zu ertheilen nicht im Stande war, nämlich die Frage: Ob nicht der irrende Theil dem Gegner auf

für gegeben erachtet werden kann; dies würde aber eine völlige Überarbeitung und Neuregelung der Anfechtung erfordern; vgl. einen ähnlichen Ansatz bei Sack, Folgeverträge, S. 16 ff., der eine Gesamtanalogie zu den §§ 119, 123 vorschlägt, um eine fahrlässige Täuschung bürgerlich-rechtlich zu sanktionieren; es darf jedoch kaum erwartet werden, daß die Rechtsprechung ein derartiges konstruktives Wagnis der Rechtsfortbildung auf sich nehmen wird; vgl. dazu auch Schumacher, S. 53 f.

⁹⁸ S. oben, Fußn. 93.

⁹⁹ Jhering, R. v., Culpa in contrahendo, Nachdruck, Bad Homburg 1969, S. 7; vgl. dazu auch Fikentscher, W., Methoden des Rechts, Bd. III, Mitteleuropäischer Rechtskreis, S. 169.

Ersatz des durch seine Schuld ihm verursachten Schadens hatte ... Haftet der culpose Theil dem Gegner nicht zum Ersatz der durch seine culpa ihm verursachten Auslagen?“

Mit der Schaffung des BGB wurde auf diese Fragen zumindest für den Fall der Irrtumserregung durch den Anfechtungsgegner keine befriedigende Antwort gegeben. Im Irrtumsanfechtungsrecht gemäß § 119 finden sich zur Regelung dieser Problematik der Vertragsanbahnung jedenfalls keine ausreichenden Lösungsansätze.

4.6. Anfechtung wegen arglistiger Täuschung oder Drohung – § 123 BGB

Ähnlich wie bei § 119 Abs. 2, begründet auch bei § 123 ein fehlerhafter Beweggrund¹⁰⁰ die Anfechtbarkeit des Rechtsgeschäfts. Ein durch eine arglistige Täuschung oder Drohung, somit in einer rechtlich zu mißbilligenden Art und Weise, hervorgerufener Beweggrund zum Abschluß eines Geschäfts berechtigt zur Anfechtung jeder Willenserklärung, die kausal dadurch veranlaßt wurde. Durch § 123 BGB soll die Freiheit der rechtlichen Willens- und Entschlußbildung geschützt werden.¹⁰¹ „Die Rechtsordnung kann nicht gestatten, daß die freie Selbstbestimmung auf rechtsgeschäftlichem Gebiet in widerrechtlicher Weise beeinträchtigt wird“.¹⁰²

Voraussetzung dieses Anfechtungsgrunds ist die tatsächliche Beeinträchtigung der freien rechtsgeschäftlichen Entschlußbildung durch eine arglistige Täuschung oder Drohung. Die Drohung muß, gleich, von wem sie ausgegangen ist, die Abgabe einer Willenserklärung bewirkt haben; bei der Anfechtung gemäß § 123 wegen einer arglistigen Täuschung muß, anders als bei einer Anfechtung wegen einer Drohung, der Anfechtungsgegner das Vorliegen einer Täuschung zumindest „kennen müssen“.¹⁰³ Geschützt wird somit der Anfechtungsberechtigte nur, wenn er in seiner Entschlußfreiheit bei der Abgabe einer rechtsgeschäftlichen Willenserklärung *tatsächlich* beeinträchtigt wurde und dies bei der Drohung bezweckt (*dolus eventualis*) und bei der arglistigen Täuschung vom Anfechtungsgegner erkannt worden ist bzw. hätte erkannt werden müssen. Nicht genügt, daß der Erklärende aufgrund eines bestimmten Verhaltens sich nur getäuscht oder bedroht fühlt.¹⁰⁴ Der Grund für diese Anfechtungsmöglichkeit liegt nicht primär in der Rechtswidrigkeit oder sittlichen Vorwerfbarkeit der Begehung einer Täuschung oder Drohung, sondern in der

¹⁰⁰ Vgl. v. Tuhr, II, 1, S. 603, § 68; Staudinger/Coing, § 123, Rdz. 22; Larenz, AT, S. 351; Enneccerus/Nipperdey, S. 1074; Lehmann/Hübner, S. 271. § 123 BGB steht im Gegensatz zu § 119 Abs. 2 BGB (s. oben bei Fußn. 80 ff.) neben den Ansprüchen aus Gewährleistung. Der getäuschte Käufer hat folglich in diesem Fall ein Wahlrecht zwischen der Arglistanfechtung oder der Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen. Vgl. dazu statt vieler Larenz, AT, S. 355; Palandt/Heinrichs, § 123, Anm. 1b.

¹⁰¹ Vgl. Larenz, AT, S. 350 f.; Flume, S. 529; Lange/Köhler, S. 383; Palandt/Heinrichs, § 123, Anm. 1; vgl. auch Schumacher, Vertragsaufhebung wegen fahrlässiger Irreführung unerfahrener Vertragspartner, S. 23 ff., 44 ff.

¹⁰² Motive I, 204.

¹⁰³ Vgl. Larenz, AT, S. 348 f.; Flume, S. 529; Lange/Köhler, S. 383.

¹⁰⁴ Vgl. Flume, S. 529; Palandt/Heinrichs, § 123, Anm. 2a, 3a.

tatsächlichen Beeinträchtigung der rechtsgeschäftlichen Entschlußfreiheit eines Rechtssubjekts.¹⁰⁵ § 123 BGB will nicht in erster Linie Handlungsunrecht „bestrafen“,¹⁰⁶ sondern den allgemeinen Rechtsgrundsatz zum Ausdruck bringen, daß unzulässigerweise fremdbestimmt abgegebene Erklärungen vor der Rechtsordnung nur dann Bestand haben können, wenn der Erklärende deren Annullierung nicht begehrt.¹⁰⁷ Die Freiheit der rechtsgeschäftlichen Entschlußbildung wird als solche absolut geschützt.¹⁰⁸

Von diesem Ausgangspunkt aus ist es daher nicht recht konsequent, daß § 123 nicht jede Täuschung, sondern nur die „arglistige Täuschung“ sanktioniert. Diese das Anfechtungsrecht gemäß § 123 ungemein erschwerende Voraussetzung der Arglist, deren Vorliegen regelmäßig ja auch vom Anfechtenden unter Beweis gestellt werden muß,¹⁰⁹ bewirkt in der Praxis, daß dieses Gestaltungsrecht faktisch weitgehend leerläuft. Erforderlich ist und vom Kläger unter Beweis gestellt werden muß nämlich der Vorsatz des Anfechtungsgegners¹¹⁰ – *dolus eventualis* genügt¹¹¹ –, bestimmend auf den Erklärungswillen eines anderen einwirken zu wollen: „Festzuhalten ist ... an der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts, dem sich das Berufungsgericht mit Recht angeschlossen hat. Danach setzt der Begriff der arglistigen Willensbestimmung in § 123 BGB subjektiv mehr voraus als bloßen Täuschungsvorsatz, d.h. als das Bewußtsein und den Willen, durch das Vorspiegeln oder Verschweigen von Tatsachen im Erklärungsgegner einen Irrtum zu erregen. Der Täuschende muß darüber hinaus das Bewußtsein haben, daß dieser Irrtum für die Entschließung des Getäuschten ursächlich sein werde oder zumindest sein könne“.¹¹² Fahrlässiges Verhalten, sei es auch grob fahrlässig, begründet demgegenüber nicht die Anfechtbarkeit gemäß § 123.¹¹³

¹⁰⁵ Motive I, 204; v. Tuhr, II, 1, S. 603; Flume, S. 529.

¹⁰⁶ Der Täuschende oder Drohende muß nicht deliktsfähig oder sich der Unzulässigkeit seiner Handlung bewußt sein. Vgl. v. Tuhr, II, 1, S. 604.

¹⁰⁷ Motive I, 204.

¹⁰⁸ Larenz, AT, S. 348f.

¹⁰⁹ Vgl. Palandt/Heinrichs, § 123, Anm. 6. Allein daraus folgert Trinkner, BB 1975, 1494, daß für die Praxis § 123 als Rechtsbehelf nur geringe Bedeutung haben kann. Vgl. auch Sack, Folgeverträge, S. 15f.

Der BGH 25. 6. 1975, NJW 1975, 1695, meint dazu selbst: „... von dem für den Käufer erfahrungsgemäß nur schwer nachzuweisenden Fall der arglistigen Täuschung; ...“, vgl. auch BGH 10. 10. 1978, NJW 1978, 261: Für den Käufer liegt „erfahrungsgemäß“ die Schwierigkeit im Nachweis des zumindest bedingten Vorsatzes des Verkäufers.

¹¹⁰ BGH 13. 5. 1957, NJW 1957, 988. Vgl. dazu die Parallele bei § 4 UWG, vgl. v. Falckenstein, II, Rdz. 110ff. Deswegen sollen auch die subjektiven Voraussetzungen des Tatbestands des § 4 UWG durch die Novelle modifiziert werden. Nicht mehr nur die absichtliche (*dolus directus*), sondern auch die einfach vorsätzliche Begehung einer Irreführung ist künftig unter Strafe gestellt; vgl. Begründung zur UWG-Novelle v. 26. 5. 1978, BR-Drucks. 226/78, S. 11; Krieger, WRP 1978, S. 5.

¹¹¹ BGH 28. 4. 1971, NJW 1971, 1795 (1800); ständige Rechtsprechung vgl. Palandt/Heinrichs, § 123, Anm. 2a; Staudinger/Coing, § 123, Rdz. 22; Staudinger/Dilcher, § 123, Rdz. 22.

¹¹² Vgl. BGH 13. 5. 1975, NJW 1975, 988. Der BGH entschied daher: „Der Versicherer kann demnach nur dann anfechten, wenn der Versicherungsnehmer ihn in unlauterer Weise

Bei empfangsbedürftigen Erklärungen ist außerdem eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung grundsätzlich nur dann zulässig, wenn der Erklärungsgegner selbst, nicht aber wenn ein Dritter die Täuschung begangen hat. Ist die Täuschung eines Dritten gegeben, ist eine Anfechtung gemäß § 123 Abs. 2 Satz 1 allerdings dann zulässig, wenn der Anfechtungsgegner diese Täuschung kannte oder kennen mußte. Diese Voraussetzungen werden freilich hinsichtlich des § 123 Abs. 2 Satz 1 dadurch etwas abgemildert, daß täuschende Personen, die in die Sphäre des Erklärungsgegners fallen bzw. deren Verhalten diesem zugerechnet werden muß, etwa Abschlußgehilfen oder Stellvertreter, nicht aber z. B. ein Makler,¹¹⁴ nicht als „Dritter“ i. S. dieser Vorschrift zu betrachten sind.¹¹⁵

Nach diesen Grundsätzen kann allerdings ein selbständiges Unternehmen, das mit dem Vertrieb einer Ware von einem Hersteller oder dessen Handelspartnern extern betraut wird, regelmäßig nur dann als „Dritter“ i. S. des § 123 Abs. 2 Satz 1 BGB betrachtet werden, wenn es Geschäftsabschlüsse im eigenen Namen tätigt. Derartige „Vertriebsgesellschaften“ werden und wollen vom Hersteller nicht überwacht sein, handeln ohne konkrete Einzelanweisung und entwickeln ihre eigenen Absatzmethoden, von welchen ihre Zulieferer häufig keinerlei Kenntnis haben. Einziges bindendes Glied zwischen der Sphäre der Produktion und der Distribution ist regelmäßig das gemeinsame Interesse an der Durchführung eines Absatzvorgangs. Diese Rollenverteilung – mag sie auch volkswirtschaftlich unter dem Gesichtspunkt der durch Arbeits- und Funktionsteilung bewirkten ökonomischen Effizienzsteigerung zu begrüßen sein – führt im Anfechtungsrecht jedoch regelmäßig zu einer Verkürzung der Rechtspositionen der Abnehmer auf der Letztverbraucherstufe. Das Bürgerliche Recht kennt im Bereich des Anfechtungsrechts kein Mittel, um dieses Auseinanderfallen von ursprünglich in einer Hand vereinigten ökonomischen Funktionen der Angebotsseite interessengemäß und problemadäquat berücksichtigen zu

gerade durch die Täuschung zu seiner Erklärung bestimmen wollte, wenn er sich also gesagt hat, der Versicherer werde bei Kenntnis des wahren Sachverhalts den Antrag möglicherweise nicht oder nur zu erschwerten Bedingungen annehmen. Hierfür wie für alle Voraussetzungen des § 123 BGB hat der Anfechtende die volle Beweislast.“

Wenn man die Überlegungen dieser Entscheidung verallgemeinern wollte, könnte man zu dem fatalen Ergebnis kommen, daß einem Verbraucher auch auf eine ausdrückliche Frage hin falsche Auskünfte vom Verkäufer erteilt werden könnten, ohne daß dies notwendig als eine arglistige Täuschung qualifiziert werden müßte; s. dazu auch Soergel/Hefermehl, § 123, Rdz. 58; Larenz, AT, S. 349; Enneccerus/Nipperdey, S. 1068; Flume, S. 529, 530; RGZ 96, 335; 134, 43 (53).

¹¹³ Larenz, AT, S. 349f.; Palandt/Heinrichs, § 123, Anm. 2a; Medicus, Rdz. 150.

¹¹⁴ Vgl. RGZ 101, 97ff.

¹¹⁵ Larenz, AT, S. 350f.; Medicus, Rdz. 149; Palandt/Heinrichs, § 123, Anm. 1 d; Flume, S. 543; Staudinger/Coing, § 123, Rdz. 35; BGH 6. 7. 1978, NJW 1978, 2144.

Bei einer täuschenden Sprungwerbung eines Herstellers ist daher der Vertragsabschluß zwischen einem Letztverbraucher und einem Händler, der keine Kenntnis von dieser Täuschung haben konnte, nicht durch ein Anfechtungsrecht gefährdet. Liebs, AcP 174, 26ff. (51 ff.) will dem mit der Konstruktion einer „Arglist kraft Organisationsmangel begegnen“; zu Recht ablehnend Schumacher, S. 51 ff.; s. unten IV.3.

können. Die Regelung des § 123 Abs. 2 Satz 1 kann auch mit Rücksicht auf ihre Ausformung und Weiterentwicklung durch die Rechtsprechung dieser gewandelten Rollenverteilung und Aufsplitterung der ökonomischen Funktionen der Angebotsseite nicht ausreichend gerecht werden. Zudem sind derartige Vertriebsgesellschaften, im Gegensatz zu den Herstellern der von ihnen vertriebenen gewerblichen Erzeugnisse, häufig kleine, für den Abnehmer nur schwer zu identifizierende Unternehmenseinheiten, oft sogar mit wechselndem Betriebssitz, so daß man vielfach schon aus rein faktischen Gründen sie nur unter großen Anstrengungen belangen kann. Dies gilt um so mehr für den einzelnen Vertreter oder Repräsentanten, dessen Name, insbesondere bei Haustürgeschäften, dem Abnehmer regelmäßig nicht bekannt werden wird. Auch dieser Umstand erschwert die Beweisführung eines Käufers, der ein Anfechtungsrecht gemäß § 123 geltend machen möchte.

Problematisch ist weiterhin, inwieweit eine arglistige Täuschung durch Unterlassen, insbesondere durch Verschweigen von Tatsachen, begangen werden kann.¹¹⁶ Nach herrschender Meinung in Literatur¹¹⁷ und Rechtsprechung¹¹⁸ bedarf es dafür als Voraussetzung der Existenz einer inhaltlich genau umrissenen Aufklärungs- oder Informationspflicht des Erklärungsgegners, etwa eines Verkäufers. Feste und unstrittige Regeln, unter welchen Umständen im Zusammenhang mit dem Abschluß eines Kaufgeschäfts eine derartige Offenbarungspflicht besteht und auf welche Punkte eines Geschäftsabschlusses sich diese erstreckt, sind nicht ersichtlich. Mit dem Reichsgericht wird man davon ausgehen können, daß eine besondere Informationspflicht eines Verkäufers dann gegeben ist, „wenn Treu und Glauben nach der Verkehrsauffassung das Reden erfordert“ und „der andere Teil nach den Grundsätzen eines reellen Geschäftsverkehrs eine Aufklärung erwarten durfte“.¹¹⁹ Wann eine derartige Aufklärungspflicht besteht und wie weit sie jeweils gehen kann, ist im Einzelfall jedoch äußerst umstritten.¹²⁰

In diesem Zusammenhang können aus der Rechtsprechung des BGH nur einige wenige, ausnahmsweise einmal besonders käuferfreundliche Entscheidungen angeführt werden: „Beim Kauf eines unfallbeschädigten Lastkraftwagens ist der Verkäufer in der Regel rechtlich verpflichtet, dem Kaufinteressenten alle Umstände bekanntzugeben, die die Tauglichkeit des Fahrzeugs auch nach vollzogener Ausbesserung betreffen und geeignet sind, seinen auf den Erwerb gerichteten Willen zu beeinflussen. Wußte der Kaufinteressent nichts von einem Unfall und hat ihn der

¹¹⁶ Vgl. Staudinger/Coing, § 123, Rdz. 23; Palandt/Heinrichs, § 123, Anm. 2 c; Larenz, AT, S. 349.

¹¹⁷ Vgl. Larenz, AT, S. 349; Staudinger/Coing, § 123, Rdz. 23; Enneccerus/Nipperdey, S. 1066; Flume, S. 541.

¹¹⁸ Vgl. Palandt/Heinrichs, § 123, Anm. 2 c; RGRK, § 123, Anm. 8, 9, jeweils mit umfangreichen Rechtsprechungshinweisen.

¹¹⁹ RGZ 111, 233 (234). Auch Palandt/Heinrichs verweisen, s. § 123, Anm. 2 c aa, auf § 242, vgl. dort Anm. 4 B d, und geben eine kasuistische Aufzählung zum Teil strittiger Einzelfälle wieder, vgl. § 123, Anm. 2 c cc.

¹²⁰ Vgl. a.a.O., und Soergel/Hefermehl, § 123, Rdz. 8 ff.

Verkäufer verschwiegen, so kann schon darin das arglistige Verschweigen eines Mangels der Kaufsache gesehen werden“.¹²¹

Auch eine mangelnde Aufklärung des Käufers darüber, inwieweit ein Kaufgegenstand für den für den Verkäufer erkennbar vom Käufer vorausgesetzten Zweck und Gebrauch tauglich ist, kann u.U. einmal ein arglistiges Verschweigen darstellen: „Die aus dem Grundsatz von Treu und Glauben sich ergebende Pflicht des Verkäufers zur Aufklärung über die Eigenschaften der Kaufsache hängt in ihrem Umfang von der Möglichkeit und Fähigkeit des Käufers zur Prüfung ab“.¹²² „Hat ein Verkäufer Kenntnis von der Mangelhaftigkeit der Kaufsache oder auch nur Zweifel an ihrer Fehlerfreiheit, so wird der Vorwurf der Arglist nicht ausgeräumt, wenn der Verkäufer den Kaufvertrag mit den Vorstellungen schließt, der Käufer sei imstande, den Mangel zu erkennen, sich jedoch bewußt nicht um den vom Käufer beabsichtigten Verwendungszweck kümmert und es in Kauf nimmt, daß der Käufer, weil er die Prüfung unterläßt, den Vertrag abschließt, den er bei Kenntnis des Mangels nicht geschlossen hätte“.¹²³

Gegenüber einem in der Regel unerfahrenen Verbraucher wird man aufgrund dieser Rechtsprechung von einer prinzipiell gesteigerten Aufklärungspflicht eines gewerblichen Verkäufers als etwa gegenüber einem Kaufmann oder Gewerbetreibenden ausgehen können.

So betrachtet kann die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung und Drohung gemäß § 123 zumindest bei besonders gravierenden Fällen der Vertragsanbahnung unter Beeinträchtigung der rechtsgeschäftlichen Entscheidungsfreiheit eines Abnehmers einen wirksamen Rechtsbehelf zur Vertragsauflösung darstellen. Erfasst wird damit aber erfahrungsgemäß nur die *Spitze des Eisbergs*. Typisch für diese Situation, daß die Gerichte erst beim Vorliegen von ganz erheblichen Schäden und nur in besonders evidenten Fällen die Bereitschaft zeigen, § 123 zur Anwendung zu bringen, ist ein Fall, bei welchem der 1. Zivilsenat des OLG Nürnberg das Vorliegen einer arglistigen Täuschung ausnahmsweise einmal bejaht hat: An verschiedene Letztverbraucher in ein und derselben Landgemeinde waren Münzwaschautomaten für einen Gesamtbetrag von DM 54 723 verkauft worden. Der Vertreter hatte den Käufern jeweils eine monatliche Verdienstmöglichkeit in ihrer Gemeinde von DM 3000 mit diesen Waschautomaten (Kaufpreis pro Maschine weit über DM 10 000) „versprochen“.¹²⁴

¹²¹ BGHZ 29, 148 (159, 151). Der BGH ging hier auch deswegen soweit, weil die Parteien eine völlige Gewährleistungsfreizeichnung vereinbart hatten; s. auch Soergel/Hefermehl, § 123, Rdz. 11, die eine ausdrückliche Frage nach der Unfallfreiheit für erforderlich halten.

¹²² BGH 28. 4. 1971, NJW 1971, 1795 (1799).

¹²³ Vgl. a.a.O., NJW 1971, 1800.

¹²⁴ S. dazu SZ v. 7. 1. 1977, S. 18: „Die Käufer arglistig getäuscht. Vertreter redete Kunden in einem Dorf teure Münzwaschautomaten auf: ‚Nach Vertragsschluß waren die Käufer zu ihrem Anwalt gegangen. Dieser hatte sofort Zweifel an der Gültigkeit der Verträge erhoben. Es dürfte nicht der geringste Zweifel daran bestehen, daß für Münzwaschsalons auf dem Lande, insbesondere so kleinen Gemeinden, nicht der geringste Bedarf besteht‘, heißt es in dem Anwaltsschriftsatz an die Verkaufsfirma. Hier sei eine Anlage verkauft worden, für die

Als entscheidendes rechtspsychologisches Hemmnis dafür, daß die Anfechtungsmöglichkeit aus § 123 ein umfassenderer Rechtsbehelf zur Regelung von Konflikten aus dem Bereich der Vertragsanbahnung werden könnte, muß die Nähe seines Tatbestands zu den strafrechtlichen Vergehen des Betrugs oder der Nötigung bzw. sogar Erpressung betrachtet werden.¹²⁵ Zwar ist für § 123 BGB, im Gegensatz zu § 263 StGB,¹²⁶ nicht das Vorliegen eines Vermögensschadens oder einer Schädigungsabsicht des Handelnden, verbunden mit dem Vorsatz der Verschaffung eines eigenen unberechtigten Vermögensvorteils notwendig; hinsichtlich der Tatbestandsmerkmale der vorsätzlichen Täuschung oder Drohung besteht jedoch weitgehende Identität zu den strafrechtlichen Voraussetzungen der §§ 263 bzw. 240, 253 StGB. Diese Nähe¹²⁷ zu einem strafrechtlichen Delikt bewirkt daher in der Regel, daß der Anfechtungsgegner besondere Anstrengungen unternehmen wird, um sich von diesem moralischen Unwerturteil, das üblicherweise an die Geltendmachung des Anfechtungsgrunds gemäß § 123 geknüpft wird, reinwaschen zu können. Er wird alles tun, um sich nicht als „Betrüger“ brandmarken zu lassen. Auch die Gerichte fühlen vielleicht aus gleichen Erwägungen in manchen Zweifelsfällen Hemmungen, etwa bestimmte clever und verschlagen entwickelte Verkaufstechniken mit der ethischen Disqualifikation einer arglistigen Täuschung oder Drohung zu stigmatisieren. Der Anfechtungsgrund des § 123 ist zu sehr mit Kriterien der Schuld und der sittlichen Verwerfbarkeit belastet,¹²⁸ um als ein „emotionsfreier“,

weder Bedarf noch eine Aussicht auf wirtschaftliche Rentabilität bestanden habe. Die Verkäuferfirma wies diesen Vorwurf zurück. Sie rief das Gericht an und forderte neben der vereinbarten Kaufsumme 13 Prozent Zinsen. ...“

Das Landgericht Nürnberg wies die Klage ab. Es habe sich um eine arglistige Täuschung gehandelt, wenn man den Käufern vorspiegle, sie würden mit dem Betrieb der Reinigungsanlage einen Monatsnettogewinn von 2000 Mark erwirtschaften. Die Täuschung sei auch arglistig gewesen, da der Vertreter erkannt habe, daß es den Käufern besonders auf die Verdienstaussichten angekommen sei, mit denen man für den Kauf einer solchen Anlage geworben habe. Die Verkaufsfirma legte Berufung ein, die vom Senat zurückgewiesen wurde.

Nach Auffassung der Richter könne man bei dem Vertrag zwar nicht von Wucher sprechen. Es bestehe jedoch kein Zweifel daran, daß der Vertreter bei Abschluß des Kaufvertrags die geschäftliche Unerfahrenheit der Käufer ausgenutzt habe. So sei von ihm nicht im einzelnen dargelegt worden, daß der vereinbarte Kaufpreis von 54723 Mark in auffälligem Mißverhältnis zur Gegenleistung, nämlich der Reinigungsanlage samt Zubehör, stehe.“

Vgl. in diesem Zusammenhang die auffällige Parallele zu den rechtsstatsächlich beim OLG Nürnberg ermittelten Fallgruppen, s. oben I.4., Fußn. 110; s. auch BGH 6.7. 1978, NJW 1978, 2144 (Folienschweißgerät).

¹²⁵ v. Falckenstein, WRP 1978, 511; s. dort auch zur Beweisnot; s. auch Liebs, AcP 174 (1974) 54; eine ähnliche Erscheinung konnte auch bei der Anwendung von § 4 UWG beobachtet werden; s. v. Falckenstein, II, Rdz. 119ff.

¹²⁶ Vgl. dazu statt vieler Lackner, K., Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 11. Aufl., § 263, Anm. 6, 9; s. auch Larenz, AT, S. 340.

¹²⁷ Vgl. dazu auch den Sprachgebrauch, Motive I, 206 „Betrug“, „Betrüger“, und bei Flume, S. 533: „Der Betrüger möge zu seinem Wort stehen.“ Im ersten Entwurf zum BGB war der Anknüpfungspunkt des § 103 noch nicht eine „arglistige Täuschung“, sondern „Betrug“; s. Planck's Kommentar, § 123, Anm. I, 1.

¹²⁸ Zur Scheu der Gerichte, § 123 BGB anzuwenden, vgl. auch Liebs, AcP 172 (1974) 54.

sachlicher Anknüpfungspunkt zur Regelung von Konflikten zwischen der Angebots- und Nachfrageseite aus dem Bereich der Vertragsanbahnung dienen zu können.

Abschließend zu den §§ 123, 124 soll noch eine entscheidende bürgerlich-rechtliche Wertung, die diesen Regelungen zu entnehmen ist, besonders hervorgehoben werden: Ein Rechtsgeschäft, das unter dem Einfluß einer Drohung oder arglistigen Täuschung angebahnt worden oder zustande gekommen ist, ist *nicht* *nichtig*, sondern nur *anfechtbar*. Aus den Regelungen der §§ 123, 124 ist die gesetzliche Wertung zu entnehmen, daß das Bürgerliche Recht selbst bei schwersten Verstößen gegen die Rechtsordnung, die strafrechtliche Tatbestandsmerkmale der Nötigung gemäß § 240, der Erpressung gemäß § 253 oder des Betrugs gemäß § 263 StGB erfüllen,¹²⁹ z.B. bei einer Vertragsanbahnung unter Verwendung von Drohungen oder arglistigen Täuschungen, als rechtsgeschäftliche Konsequenz¹³⁰ nur das Gestaltungsrecht der Anfechtung, gemäß § 124 sogar auch noch befristet auf ein Jahr, gewährt.¹³¹ Dies besagt, daß trotz rechtlicher Mißbilligung ein unter dem Einfluß einer Drohung oder arglistigen Täuschung zustande gekommener Geschäftsabschluß privatrechtlich zunächst einmal gültig ist; ein so angebahnter Kaufvertrag ist rechtswirksam. Die Beeinträchtigung der rechtsgeschäftlichen Entscheidungsfreiheit wird vom Bürgerlichen Recht jedoch dadurch berücksichtigt, daß der Getäuschte oder Bedrohte nach Entdeckung der Täuschung oder Beendigung der Zwangslage selbst darüber entscheiden kann, ob er das getätigte Geschäft für und gegen sich gelten lassen will oder es durch eine ihm entgegenstehende Verlautbarung gemäß §§ 123, 139, 142 BGB „ex tunc“, d.h. von Anfang an, für nichtig erklären will. In den Motiven¹³² wird dies folgendermaßen begründet. „Ausgeschlossen, nicht bloß beeinträchtigt, ist die Selbstbestimmung im Fall der körperlichen Überwältigung (vis absoluta). ... Anders verhält es sich, wenn eine Willenskundgebung durch Drohung (vis compulsiva) oder durch Betrug hervorgerufen wird. Sieht man auf den Vorgang der Willensbildung, so kann nicht zweifelhaft sein, daß, einer derartigen Beeinflussung ungeachtet, eine Willenswahl stattgefunden hat. Hieran anknüpfend behandelt die in der neueren gemeinrechtlichen Jurisprudenz herrschende Meinung eine durch Drohung und Betrug hervorgerufene Willenserklärung als gültig bzw. nicht nichtig. ... Der Beeinflusste erhält eine Einrede oder einen Wiederherstellungsanspruch.“

¹²⁹ Statt vieler s. Lackner, § 253, Anm. 2 a; § 263, Anm. 3; Dreher, E., Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 36. Aufl., § 253, Rdz. 3; § 263, Rdz. 6 ff.

¹³⁰ Deliktsrechtlich ergeben sich regelmäßig Schadensersatzansprüche aus § 826 bzw., wenn ein geschütztes Lebensgut oder absolutes Recht verletzt ist, aus § 823; Planck's Kommentar, § 123, Anm. IX, 1; Palandt/Heinrichs, § 123, Anm. 1 c; 5; Flume, S. 531.

¹³¹ Bei Versäumung dieser Frist kann jedoch regelmäßig in analoger Anwendung des § 853 ein Leistungsverweigerungsrecht bzw. ein Schadensersatzanspruch aus c.i.c. oder gemäß § 823 Abs. 2 in Verbindung mit Strafvorschriften bzw. gemäß § 826 geltend gemacht werden, so daß das wirtschaftliche Ergebnis im Grunde genommen das gleiche wie bei einer möglichen Anfechtung ist; eine Freistellung vom Vertrag wird erreicht. Larenz, AT, S. 349, 355.

¹³² Motive I, 204.

Diese gesetzgeberische Entscheidung muß insbesondere auch dann respektiert werden, wenn Fragen der Konkurrenzen zwischen den §§ 123, 124 und anderen bürgerlich-rechtlichen Vorschriften, etwa §§ 134, 138 oder § 463, zur Diskussion stehen.¹³³ Allerdings läßt sich andererseits dieser Arglistanfechtungsregelung auch nicht mehr entnehmen, als daß die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts nicht allein schon daraus abgeleitet werden kann, daß ein Vertrag durch Drohung oder arglistige Täuschung angebahnt worden ist. Das Hinzutreten weiterer Umstände¹³⁴ kann dieses Ergebnis anders beeinflussen.

4.7. Zusammenfassung: Möglichkeiten und Grenzen der Anfechtung

Für die bürgerlich-rechtliche Regelung des Bereichs der Vertragsanbahnung erlangen die Institute der Anfechtung wegen Irrtums bzw. wegen arglistiger Täuschung oder Drohung nur sehr begrenzt Bedeutung. Neben der Frage nach dem Anfechtungsgrund ist es, von der Sanktionsseite her betrachtet, hinderlich, daß eine wirksame Anfechtung gemäß §§ 139, 142 immer nur zur Nichtigkeit der angefochtenen Willenserklärung und damit zugleich auch des abgeschlossenen Kaufvertrags führt. Wegen dieses Alles- oder-Nichts-Prinzips ist die Anfechtung ein zu undifferenzierter Rechtsbehelf, um für die verschiedenen privatrechtlichen Konflikte aus dem sehr komplexen Bereich der Vertragsanbahnung adäquate Lösungsalternativen anbieten zu können. Begehrt ein Anfechtungsberechtigter z. B. gar nicht die vollständige Annullierung seines Geschäftsabschlusses, sondern möchte er nur etwaige ökonomische Disparitäten zwischen seinen durch Vertragsanbahnungsmaßnahmen der Angebotsseite beeinflussten Vorstellungen und den in der Realität tatsächlich vorliegenden Gegebenheiten bei einer ökonomischen Transaktion angemessen ausgeglichen wissen, bieten sich dafür keinerlei rechtliche Ansatzpunkte im Bereich der Anfechtung. Das gesetzlich statuierte Anfechtungssystem der §§ 119, 123 BGB entspricht daher nicht den Anforderungen nach einem genügend differenzierten Lösungsansatz für das Problemfeld der Vertragsanbahnung.

Erklärungs- und Inhaltsirrtum gemäß § 119 Abs. 1 knüpfen an ein Auseinanderfallen von Wille und Erklärung an. Dieses Kriterium erfaßt nicht die Problematik der Vertragsanbahnungsmaßnahmen, die im wesentlichen nicht die Abgabe, sondern die diesem Prozeß vorgelagerte Willensbildung der Nachfrageseite beeinflussen.

Der dieser Problemstellung an sich nächststehende Anfechtungsgrund gemäß § 119 Abs. 2, der Eigenschaftsirrtum, ist inhaltlich zu eng gefaßt und in seiner Abgrenzung zum rechtlich unbeachtlichen Motivirrtum zu unbestimmt, als daß er für die Lösung dieser Grundsatzfrage der bürgerlich-rechtlichen Beurteilung der Beeinflussung der ökonomischen Willensbildung der Nachfrager durch absatzfördernde Kommunikationsmaßnahmen mehr als nur einen richtungweisenden Ansatz geben könnte. § 119 Abs. 2 BGB wird außerdem regelmäßig durch die Spezialvorschriften des Gewährleistungsrechts verdrängt.

¹³³ S. unten 5.1. und 5.2.

¹³⁴ S. unten zu § 138 Abs. 1 und 2, 5.2.

Darüber hinaus ist die Fristbestimmung des § 121 für die Anfechtung wegen Irrtums ein Hindernis dafür, daß dieses Gestaltungsrecht als eine dem praktischen Regelungsbedarf des Bereichs der Vertragsanbahnung adäquate Konfliktlösungsmöglichkeit betrachtet werden könnte. Dem Nachfrager wird dadurch eine unverzügliche Entscheidung für eine Anfechtung auferlegt, wenn er nicht dieser seiner Rechte verlustig gehen will. Die Regelung konzentriert sich, wie § 122 zeigt, primär zu sehr auf die Lösung eines vom Erklärenden selbst verschuldeten oder zumindest diesem irgendwie anzulastenden Irrtums, als daß sie die Problemstellung der kommunikativen, absatzbezogenen Einwirkung der Angebots- auf die Nachfrageseite angemessen berücksichtigen könnte.

Im Rahmen von § 123 BGB sind es insbesondere die materiellrechtlich und beweistechnisch hohen Voraussetzungen der Arglist, die dieses Anfechtungsrecht in seiner praktischen Relevanz ganz erheblich beschneiden. Die mit der Geltendmachung dieses Anfechtungsgrunds verbundene ethische Mißbilligung und das damit zum Ausdruck gebrachte moralische Unwerturteil erschweren aus rechtspsychologischen Gründen die Durchsetzung dieses Gestaltungsrechts in der Praxis. Einerseits schrecken viele vor der Anbringung eines derartigen ächtenden Vorwurfs zurück, andererseits wird auch kaum jemand als Erklärungsgegner sich ohne erhöhte Verteidigungsanstrengungen einem derartig schwerwiegenden Unwerturteil stellen wollen. Niemand läßt sich so einfach in die Nähe von Betrügern oder Erpressern rücken.

Die heute übliche Rollenverteilung und Funktionsaufsplitterung auf der Angebotsseite in die Sphären der Produktion und Distribution erschweren häufig für den Anfechtenden im Einzelfall aus rein faktischen und vor allem auch beweistechnischen Gründen die konkrete Ausübung seiner Rechte.

Zusammenfassend läßt sich feststellen, daß das bürgerlich-rechtliche Institut der Anfechtung keine adäquaten Lösungsmodelle zur Regelung von Konflikten aus dem Bereich der Vertragsanbahnung anbieten kann. In bestimmten, besonders krassen Einzelfällen ergeben sich zwar Abhilfemöglichkeiten, insbesondere durch § 123, die jedoch wegen der undifferenzierten Regelungstechnik sich für eine umfassendere Lösung der bürgerlich-rechtlichen Probleme der Vertragsanbahnung als nicht ausreichend erweisen. Sie ermöglichen es zwar, einige besonders gravierende Rechtsverstöße zu sanktionieren, reichen aber für eine darüber hinausgehende, sensiblere Berücksichtigung und Feinabstimmung der heute vorhandenen generellen Verhandlungsdisparitäten zwischen der Angebots- und der Nachfrageseite keinesfalls aus.¹³⁵ Ein Regelungsansatz zu einer Erklärungshaftung für Werbeangaben oder zur Abschöpfung des Verletzergewinns findet sich im Anfechtungsrecht nirgends.

Wichtig ist andererseits, daß aus dem Rechtskomplex der Anfechtung als gesetzlicher Wertung für das gesamte Privatrecht das Prinzip entnommen werden kann, daß auch nichtrechtsgeschäftliches, nur vertragsanbahnendes Verhalten Voraussetzung für privatrechtliche Sanktionen im rechtsgeschäftlichen Bereich sein kann.

¹³⁵ Zum gleichen Ergebnis kommt auch Schumacher, S. 44 ff., 67.

5. Die Nichtigkeit von Rechtsgeschäften

5.1. Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot – § 134 BGB

Gemäß § 134 ist ein Rechtsgeschäft, welches gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, nichtig, wenn sich nicht ein anderes aus diesem Gesetz ergibt. § 134 setzt die Verletzung einer Vorschrift voraus, welche das *Rechtsgeschäft* selbst verbietet; nicht genügt es, daß einer der Geschäftspartner oder auch beide bei der Gelegenheit eines Geschäftsabschlusses gegen anders gerichtete Normen verstoßen.¹

Ursprünglich wollte der Gesetzgeber eine Regelung schaffen, wonach Rechtsgeschäfte, deren „Vornahme“ verboten ist, nichtig sein sollten.² Bei der zweiten Lesung in der Kommission wurde jedoch eine Abänderung und Präzisierung dieser Bestimmung vorgenommen: „Es sei erforderlich, zum Ausdruck zu bringen, daß auch solche Rechtsgeschäfte von der Folge der Nichtigkeit betroffen würden, bei welchen sich das Verbot dem Wortlaut nach nicht gegen die Vornahme, sondern gegen den Inhalt des Rechtsgeschäfts richte.“³ Die Vornahme oder der Inhalt eines Rechtsgeschäfts müssen somit gegen ein Verbotsgesetz verstoßen, damit grundsätzlich die Sanktion der Nichtigkeit eintreten kann.

Vertragsanbahnungsmaßnahmen selbst können, wie wir gesehen haben,⁴ regelmäßig nicht als eine rechtsgeschäftliche Äußerung qualifiziert werden, so daß schon deswegen die Bedeutung des § 134 für diesen Bereich relativ gering sein muß. Vertragsanbahnungshandlungen unterstehen jedoch dem Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb. Es fragt sich deshalb, inwieweit Wettbewerbsverstöße zur Nichtigkeit von Rechtsgeschäften gemäß § 134 führen können. Drei Fallgruppen sollen dabei hier unterschieden werden:

1. Eine wettbewerbswidrige Handlung hat den Abschluß eines bestimmten wettbewerbswidrigen Rechtsgeschäfts zum Gegenstand.

¹ Schricker, Gesetzesverletzung, S. 63; Sack, Folgeverträge, S. 6ff.; Staudinger/Coing, § 134 Anm. 1, 2, 4: „§ 134 trifft nicht diejenigen Geschäfte, bei denen nicht der Inhalt, sondern lediglich die Art des Zustandekommens unerlaubt ist;“ s. auch Larenz, AT, S. 375ff.; Flume, S. 340ff.; Lehmann/Hübner, S. 193ff.; Palandt/Heinrichs, § 134, Anm. 2, 3; Enneccerus/Nipperdey, S. 1151ff.

² Motive I, 210 (§ 105); Planck, § 134, Anm. 1.

³ Protokolle 1, 123; zur Entstehungsgeschichte s. Flume, 340, 343f. Typische Beispiele hierfür sind Verstöße gegen öffentlich-rechtliche Vorschriften aus der Zeit der Kriegsbewirtung, etwa Höchstpreise für Lebensmittel oder gegen gewisse Strafvorschriften. Auch in den Motiven I, 210, kann man zu § 134 lesen: „Die Streitfrage des gemeinen Rechts, ob, wenn ein Gesetz die Vornahme eines Rechtsgeschäfts verbietet bzw. mit Strafe belegt, ohne die Nichtigkeit desselben auszusprechen, das dem Verbot zuwider vorgenommene Rechtsgeschäft der Regel nach nichtig sei, ... ist von der h.M. schon bisher mit Recht im bejahenden Sinne entschieden worden. ... Die Vorschrift hat namentlich die gegen Rechtsgeschäfte gerichteten Verbotsgesetze des öffentlichen Rechts, insbesondere des Strafrechts, im Auge.“

⁴ S. oben III. 3.

2. Ein Rechtsgeschäft dient notwendig und unmittelbar der Durchführung oder Unterstützung eines künftigen oder bereits geschehenen wettbewerbswidrigen Verhaltens.
3. Eine wettbewerbswidrige Handlung führt zum Abschluß eines Rechtsgeschäfts; der Wettbewerbsverstoß dient aber nur der Anbahnung, er ist nur eine Art Initialhandlung für diesen Geschäftsabschluß.⁵

5.1.1. Unlauterer Wettbewerb durch Abschluß eines Rechtsgeschäfts

Als typisches Beispiel für die erste Fallgruppe wird die gemäß § 12 UWG sittenwidrige Schmiergeldvereinbarung diskutiert.⁶ Ein wichtiges Tatbestandsmerkmal dieses Wettbewerbsverstößes ist das „Versprechen eines Vorteils“ gegenüber einem Angestellten oder Beauftragten eines fremden geschäftlichen Betriebes, um eine unlautere Bevorzugung zu erlangen. Bei dieser Fallvariante liegt der beabsichtigte wettbewerbswidrige Effekt gerade in der Herbeiführung eines Vertragsabschlusses. Unstreitig wird daher die Schmiergeldvereinbarung als nichtig betrachtet, wobei allerdings wegen des Konkurrenzverhältnisses zwischen § 134 und § 138 umstritten ist, aufgrund welcher der beiden Vorschriften diese Nichtigkeit eintritt.⁷ Gleiches gilt für Rechtsgeschäfte, die etwa einen Geheimnisverrat gemäß § 17 UWG, eine Verwertung oder Mitteilung von anvertrauten Vorlagen gemäß § 18 UWG, eine Verleitung oder Erbietung zum Geheimnisverrat gemäß § 20 UWG oder einen wettbewerbswidrigen Boykott oder sittenwidrige Behinderung zum Gegenstand einer rechtsgeschäftlichen Regelung haben.⁸ Hier verlangt der Schutz der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, daß derartige rechtsgeschäftliche Absprachen unwirksam sind. Nur dieses Kriterium des Schutzzwecks des jeweiligen Verbotsgesetzes ist entscheidend, weil aus § 134 abzuleiten ist, daß die Nichtigkeit des betreffenden Rechtsgeschäfts zur Verwirklichung des verfolgten gesetzlichen Schutzzwecks einer Verbotsvorschrift erforderlich sein muß. Die Annahme der Nichtigkeit eines

⁵ Dieses Problem wird allgemein unter dem Stichwort „Folgeberträge“ diskutiert, s. Körner, E., Verstöße gegen die Vorschriften des UWG und WZG und ihre Auswirkung auf Drittverträge, GRUR 1968, 348 (351); Sack, Folgeberträge, S. 5 ff.; Wedemeyer, WRP 1972, 117.

Zu unterscheiden ist davon der Fall eines Wettbewerbsverstößes gemäß § 1 UWG durch das Begehren der Erfüllung eines Vertrags, der auf wettbewerbswidrige Weise zustande gekommen ist; s. OLG Frankfurt 20. 7. 1978, GRUR 1978, 720; OLG Köln 24. 1. 1975, WRP 1976, 170.

⁶ Körner, GRUR 1968, 349.

⁷ Richtigerweise kann § 134 nicht in jedem Fall als gegenüber § 138 subsidiäre Regelung betrachtet werden, weil ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ohne Rücksicht auf seine mögliche gleichzeitige Sittenwidrigkeit gemäß § 138 als nichtig betrachtet werden muß; Schricker, Gesetzesverletzung, S. 61 ff.; MünchKomm/Mayer-Maly, § 138, Rdz. 4; v. Gamm, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, § 1, Rdz. 144; a. A. BGH 14. 12. 1972 – Schiffsmakler, GRUR 1973, 382; Baumbach/Hefermehl, § 12, UWG, Rdz. 25. Strittig ist auch, ob das Hauptgeschäft, das durch die Bestechung gefördert werden soll, allein wegen dieser schon nichtig ist; bejahend v. Gamm, a. a. O.; Körner, GRUR 1968, 349; ablehnend Baumbach/Hefermehl, a. a. O.

⁸ Kicker, GRUR 1978, 313.

Rechtsgeschäfts muß der Erfüllung des im jeweiligen Verbotsgesetz niedergelegten Schutzzweckes dienlich und u. U. dafür sogar erforderlich sein.⁹

5.1.2. Rechtsgeschäfte, die notwendiger Bestandteil unlauteren Verhaltens sind

Eine ähnliche rechtliche Situation ist bei der zweiten Fallgruppe gegeben, d. h. wenn bestimmte Rechtsgeschäfte eine notwendige und unmittelbare Vorbereitungs- handlung für ein gemäß dem UWG verbotenes Verhalten darstellen, so daß man diese als eine Art „Basisvertrag“ unlauteren Wettbewerbs betrachten kann. Dies ist z. B. der Fall, wenn „Bezirksleiterverträge“ zur Durchführung eines unlauteren Schneeballverkaufssystems abgeschlossen¹⁰ oder „Sachbearbeiter“ zur Durchführung einer wettbewerbswidrigen Telefonwerbecampagne eingestellt werden. So hat der BGH¹¹ auch aus dem Verbot des Kaufscheinhandels gemäß § 6b UWG die Nichtigkeit eines Vertrages abgeleitet, durch den ein Beauftragter des Kaufscheinaus- gebers einem Verkäufer die Vermittlung von Kaufscheininhabern gegen die Zahlung einer Provision zugesagt hatte: „Solche Absprachen verstoßen als notwendiger Be- standteil des Systems auch ohne ausdrückliche Erwähnung im Tatbestand des § 6b UWG gegen das in dieser Vorschrift nur in seinen nach außen gewendeten Tatbe- standteilen beschriebene Verbot des Kaufscheinhandels.“

Im Anschluß an diese Rechtsprechung wird man alle Rechtsgeschäfte, die als unmittelbar und notwendiger Bestandteil der Vorbereitung, Durchführung oder Unterstützung einer gemäß dem UWG wettbewerbswidrigen Handlung dienen, so daß sie als ein „Basisvertrag“ für wettbewerbswidriges Handeln zu qualifizieren sind, weil ohne den Abschluß dieser Rechtsgeschäfte der Wettbewerbsverstoß nicht begangen werden kann, als gemäß § 134 nichtig betrachten können. Sittenwidrige Verkaufssysteme z. B. sollen schon im Zuge ihres Aufbaus rechtlich nicht als gültig anerkannt werden. Diese Regelung schützt zumindest indirekt auch die Nachfrager- seite, weil sie verhindern will, daß wettbewerbswidrige Absatz- und Werbesysteme überhaupt erst einmal zur Entstehung gelangen können. Aus der Nichtigkeit dieser

⁹ Statt vieler Körner, GRUR 1968, 350. Unerheblich ist demgegenüber, ob die Tätigkeit eines oder beider Vertragsteile dem Verbot unterliegt; es geht um die Beseitigung einer gesetz- lich unzulässigen rechtlichen Regelung, denn § 134 stellt eine Bestimmung zur Inhaltskontrol- le der Privatautonomie dar. Regelungen, die vor allem aus wirtschaftlichen Überlegungen als wettbewerbswidrig zu betrachten sind, sollen auch privatrechtlich keinen Bestand haben; s. grundlegend dazu Mestmäcker, E.-J., Über die normative Kraft privatrechtlicher Verträge, JZ 1964, 441 ff.; Steindorff, E., Wirtschaftsordnung und -steuerung durch Privatrecht, in Funk- tionswandel der Privatrechtsinstitutionen, Festschrift für L. Raiser, Tübingen 1974, S. 639; „Die neuere Rechtsprechung bemißt die durch § 134 BGB angeordnete Nichtigkeit an dem, was für die Durchsetzung einer Verbotsnorm erforderlich ist“, s. auch BGHZ 45, 322.

¹⁰ S. dazu den Sachverhalt der Entscheidung des BGH 22. 5. 1978, BB 1978, 1184; Körner, GRUR 1968, 351. Auch hier verlangt der Schutzzweck dieser wettbewerbsrechtlichen Verbo- te, daß alle Maßnahmen, die der unmittelbaren Durchsetzung der wettbewerbswidrigen Hand- lung dienen, ohne Rechtswirkung bleiben.

¹¹ BGH 9. 12. 1977 – BSW III, GRUR 1978, 311; s. auch OLG Hamburg 17. 11. 1977, WRP 1978, 900 (Mitwirkung an einem Verstoß gegen die ZugabeVO).

„Basisverträge“ eines wettbewerbswidrigen Absatzsystems kann jedoch nicht die Nichtigkeit von bürgerlich-rechtlichen Rechtsgeschäften gefolgert werden, die infolge der Beeinflussung durch derartige wettbewerbswidrige Verkaufssysteme abgeschlossen worden sind.

In der gleichen Entscheidung hat nämlich der BGH, und damit kommen wir zur obenerwähnten dritten Fallgruppe, die rechtlichen Erörterungen der Vorinstanz referierend, folgendes zu den sog. Folgeverträgen ausgeführt: „Die Folge des Verstoßes gegen § 6b UWG sei gemäß § 134 BGB die Nichtigkeit der Vereinbarung... Der Schutz der Allgemeinheit der Verbraucher erfordere, daß – *anders als bei den sog. Folgeverträgen* zwischen der beklagten Möbelfirma und den Verbrauchern – die Rechtsordnung Verträgen, durch die sich am Wirtschaftsleben beteiligten Organisationen zu verbotenen Zwecken verbinden, die Anerkennung schlechthin versage. Die dagegen gerichtete Revision hat keinen Erfolg.“¹²

5.1.3. Folgeverträge

Ob die sog. Folgeverträge gemäß § 134 nichtig sind, ist sehr strittig. Hierbei handelt es sich um Rechtsgeschäfte, z. B., zwischen einem privaten Nachfrager und einem gewerblichen Anbieter, die durch eine wettbewerbswidrige Handlung, z. B. eine gemäß § 3 UWG irreführende oder gemäß § 1 UWG belästigende Werbung, angebahnt worden sind. Der Abschluß dieser Verträge stellt weder selbst eine Vorbereitung oder Durchführung einer wettbewerbswidrigen Handlung dar, noch ist er ein notwendiger Bestandteil derselben. Der Wettbewerbsverstoß liegt auch vor, wenn es nicht zum Abschluß eines Rechtsgeschäfts kommt; dieses ist, für sich betrachtet, ein völlig normales, „neutrales“ Rechtsgeschäft.¹³ Jedoch wurde dessen Abschluß, d. h. die Abnahme einer gewerblichen Leistung durch gewisse wettbewerbswidrige Verhaltensweisen der Angebotsseite „bestimmt“.¹⁴ Beispielsfälle dafür sind alle oben erwähnten „Vertragsschäden“, die etwa durch irreführende, belästigende, gefühlsbetonte oder unsachliche Werbemaßnahmen bewirkt worden sind.¹⁵ Die wettbewerbswidrige Handlung liegt hier in den angewandten Methoden der Vertragsanbahnung, nicht aber im Vertragsschluß selbst begründet.

Als bislang einzige veröffentlichte Entscheidung hat ein Urteil des LG Mainz vom 30. 6. 1967 in einem derartigen Fall Nichtigkeit eines Kaufvertrages gemäß §§ 134, 138 angenommen: „Es ist auch bei individuellen Verhandlungen nicht verboten, die Grundsätze einer geschickten Verkaufspsychologie anzuwenden. Das darf aber nicht soweit gehen, daß die ‚Bearbeitung‘ eines Kunden zu einer Beschränkung seiner Überlegungsmöglichkeiten und seiner Entschlußfreiheit führt. Wenn das, wie es hier zweifelsfrei der Fall gewesen ist, mit Absicht praktiziert wird, dann ist das in

¹² BGH, a. a. O., GRUR 1978, 312 (Hervorhebung durch den Verf.).

¹³ Körner, GRUR 1968, 351.

¹⁴ Vgl. zu diesem Begriff die Novelle zum UWG, BR-Drucks. 226/78, S. 5; vgl. dazu differenzierend Sack, in Konsumentenschutz im Privat- und Wirtschaftsrecht, S. 104 ff.

¹⁵ S. oben I.4.

höchstem Maße verwerflich und verdient nicht den Schutz der Rechtsordnung.“¹⁶ Der BGH scheint, wie dies die oben zitierten Passagen zeigen, diese Auffassung nicht zu teilen.¹⁷

In der Literatur hat vor allem Reich die Nichtigkeit der Folgeverträge postuliert: „Wenn die obengenannten Vertriebspraktiken gerade aus Gründen des Verbraucherschutzes für (wettbewerbsrechtlich)¹⁸ sittenwidrig erklärt werden, so verstoßen sie gegen ein gesetzliches Verbot im Sinne des § 134.“¹⁹

Demgegenüber sind Körner,²⁰ Sack,²¹ Wedemeyer,²² Ochs,²³ Bartl²⁴ und v. Falckenstein²⁵ der Meinung, daß eine wettbewerbswidrige Vertragsanbahnung von Kaufverträgen nicht zu deren Nichtigkeit gemäß § 134 führt; der Käufer dürfe nicht einfach jeder vertraglicher Ansprüche beraubt und dem wettbewerbswidrig Handelnden nicht die Möglichkeit gegeben werden, sich von seinen vertraglichen Verpflichtungen loszusagen;²⁶ § 134 sanktioniere außerdem nicht das verbotswidrige Zustandekommen von Verträgen, sondern erkläre Rechtsgeschäfte für nichtig, deren Inhalt, Zweck und Motive gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen.²⁷

¹⁶ BB 1967, 1180; s. auch Sack, Folgeverträge, S. 6 ff.

¹⁷ S. oben Fußn. 11, 12; in seiner Entscheidung BGH 4. 11. 1977 – Spitzensportler-Nachlaß, GRUR 1978, 375 hat der BGH jedoch möglicherweise unreflektiert die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts im Falle eines Rabattverstosses vorausgesetzt, s. dazu meine Anmerkung zu dieser Entscheidung, GRUR 1978, 377; daraus kann aber keinesfalls die Nichtigkeit von Folgeverträgen abgeleitet werden; dazu gibt diese Entscheidung zu dieser Frage zu wenig Aufschluß; s. auch BGH 14. 5. 1952, BB 1952, 702: „Die Rechtswirksamkeit eines Lieferungsvertrages wird grundsätzlich nicht dadurch berührt, daß der Lieferant mit dem Abschluß des Vertrages die ZugabeVO oder § 1 UWG verletzt“ (amtlicher Leitsatz).

Als ein weiteres Argument für dieses Ergebnis kann die hier allerdings abgelehnte Auffassung des BGH herangezogen werden, daß ein Rechtsgeschäft wegen Gesetzesverstosses gemäß § 134 nur dann nichtig sein kann, wenn beide Parteien und nicht nur eine Partei gegen dieses Verbot verstoßen haben; dies ist bei den verbraucherschädlichen Absatzmaßnahmen, etwa der irreführenden oder belästigenden Werbung, typischerweise nicht der Fall; nur die Angebotsseite verstößt hier gegen die UWG-Vorschriften; zu dieser Auffassung des BGH s. die Entscheidungen 1. 6. 1966, BB 1966, 1023; 22. 5. 1978, BB 1978, 1184.

¹⁸ Einfügung des Verfassers.

¹⁹ Reich, N., Abzahlungsrecht und Verbraucherschutz, JZ 1975, 550 ff. (553); ders., in Die gerichtlichen und außergerichtlichen Möglichkeiten des Verbraucherschutzes, Kolloquium, Montpellier 1975, S. 246.

²⁰ Körner, GRUR 1968, 351.

²¹ Sack, Folgeverträge, S. 6 ff.; diesem folgend Palandt/Heinrichs, § 134, Anm. 3 a (UWG).

²² Wedemeyer, U., Wettbewerbswidrige Kaffeefahrten – Nichtige Kaufverträge, WRP 1972, 117 ff.

²³ Ochs, G., Wertreklame und Folgeverträge, WRP 1977, 373.

²⁴ Bartl, H., Verbraucherschutz im Durchbruch, ZRP 1976, 13 ff. (15).

²⁵ v. Falckenstein, II, Rdz. 3; ders., I, Rdz. 91, 92.

²⁶ Körner und Sack, a. a. O.; Reich, a. a. O., will hier mit der exceptio doli helfen, so daß der Verkäufer wegen unzulässiger Rechtsausübung sich nicht auf eine Nichtigkeit berufen kann.

²⁷ Auf diesen Gesichtspunkt weist Sack, Folgeverträge, S. 9, besonders eingehend hin; auch Sack spricht nicht ausschließlich vom „Inhalt“ eines Rechtsgeschäfts, sondern daneben auch von dessen „Zweck und Motiven“; s. ebenso Larenz, AT, S. 366, der auch auf den von der Rechtsordnung mißbilligten Erfolg und auf die besonderen Umstände abstellt, unter denen das

Geht man mit Flume²⁸ davon aus, daß § 134 nicht etwa eine Vermutung oder eine Interpretationsregel für die jeweiligen Verbotsgesetze aufstellt, daß diese etwa „im Zweifel“ die Nichtigkeit des verbotswidrigen Rechtsgeschäfts begründen, sondern stellt für die Frage der Nichtigkeit ausschließlich auf die jeweiligen Verbotsgesetze ab, muß für die Verbraucherschützenden Bestimmungen, etwa der §§ 1 und 3 des UWG, nach den Grundsätzen der Auslegung ermittelt werden, ob diese eine Nichtigkeit der Folgeverträge verlangen, d. h. ob diese Sanktion dem Sinn dieser Verbotsgesetze entspricht.

Das UWG richtet sich gegen sittenwidrige Wettbewerbshandlungen;²⁹ als ein Handeln zu Zwecken des Wettbewerbs muß dabei sowohl die Vertragsanbahnung als auch deren Resultat, der jeweilige Vertragsabschluß selbst, betrachtet werden, denn auch letzterer geschieht zur Förderung des eigenen Absatzes zuungunsten eines Konkurrenten. Unlauterer Wettbewerb kann aber zum Schutze der Interessen der Verbraucher bislang, wie § 13 Abs. 1 a UWG zeigt, läßt man die in der Praxis kaum anzutreffende vorbeugende Unterlassungsklage einmal außer Betracht, direkt nur durch eine Verbraucherverbandsklage sanktioniert werden, die es dem Anbieter untersagt, künftig in gleicher Weise wie zuvor wettbewerbswidrig zu handeln. Nach der bisherigen Rechtssituation ist somit ein verbraucherschädliches Verhalten aus der Sicht der Nachfrageseite im wesentlichen nur mit einem in die Zukunft gerichteten Unterlassungsgebot sanktioniert; demgegenüber kann ein Wettbewerber gemäß § 13 Abs. 1 Satz 2 UWG auch einen, zumindest indirekt präventiv wirkenden Schadensersatzanspruch geltend machen.³⁰ Unlauterer Wettbewerb zu Lasten der Nachfrageseite wird also vom UWG zugunsten der Verbraucher nach der bislang geltenden Rechtssituation nicht dergestalt bewehrt, daß daraus die gesetzliche Wertung entnommen werden könnte, daß Folgeverträge vom UWG zugunsten der Verbraucher als rechtsungültig betrachtet werden müßten. Notwendige Voraussetzung für die Verfolgung eines Wettbewerbsverstosses ist außerdem nicht der Abschluß eines unter wettbewerbswidriger Einwirkung eingegangenen Kaufvertrages. Häufig wird es ja auch gar nicht zu einem Vertragsabschluß kommen und trotzdem stellt die sittenwidrige Werbemaßnahme einen Verstoß gegen das UWG dar, der entsprechend dessen Vorschriften geahndet werden kann. Auch dies zeigt, daß die Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs nicht direkt auf die Nichtigkeit von Folgeverträgen abzielt; sie setzt vielmehr bereits früher, bei der *Bekämpfung der vertragsanbahnenden Handlung* selbst an. Das UWG ist in erster Linie handlungs-

Rechtsgeschäft vorgenommen worden ist; s. aber auch S. 367: „Entscheidend ist jedoch nur, ob das Verbot aus Gründen besteht, die mit dem *Inhalt* des Rechtsgeschäfts nichts zu tun haben oder ob es gerade die Herbeiführung der mit dem Rechtsgeschäft bezweckten Rechtsfolgen verhindern will“; zum Ausgangspunkt des Inhalts einer rechtsgeschäftlichen Regelung bei § 134 s. auch Soergel/Hefermehl, § 134, Rdz. 16.

²⁸ Flume, S. 341 ff.; s. auch Schricker, Gesetzesverletzung, S. 63 f.

²⁹ Zum Begriff der Wettbewerbshandlung s. statt vieler Ulmer/Reimer, S. 46 ff.; zur Problematik, Schricker, G., Entwicklungstendenzen im Recht des unlauteren Wettbewerbs, GRUR 1974, 579 ff., 581 f.

³⁰ Was in der Praxis aber fast nie geschieht, s. oben I.4.

bezogen orientiert, bestimmte Wettbewerbshandlungen sollen unterbleiben, während § 134 danach trachtet, gesetzlich unerwünschte rechtsgeschäftliche Regelungen und Rechtsbeziehungen, sowie die daraus resultierenden wirtschaftlichen Ergebnisse zivilrechtlich als unwirksam zu erklären. Für die Durchsetzung des UWG bezüglich der Verfolgung des Gedankens des Verbraucherschutzes wird allgemein nach bisherigem Verständnis dieser Vorschriften die Nichtigkeit der Folgeverträge nicht für erforderlich gehalten. Auch die UWG-Novelle geht davon aus, daß sittenwidrig angebahnte Kaufverträge nicht gemäß § 134 nichtig sind, und will daher unter bestimmten Voraussetzungen ein eigenes wettbewerbsrechtliches Rücktrittsrecht vom Vertrag gewähren.³¹

Dieses Ergebnis läßt sich abschließend noch anhand einer differenzierenden Betrachtung eines Parallelproblems näher erläutern. Gemäß § 56 Abs. 1 Nr. 6 GewO ist es verboten, im Reisegewerbe, d. h. außerhalb eines stehenden Gewerbebetriebes den Abschluß oder die Vermittlung von Darlehensgeschäften zu besorgen. Obwohl dieses gewerbliche Verbot sich wie etwa § 12 UWG direkt gegen den Abschluß von bestimmten Rechtsgeschäften richtet, war es in Literatur und Rechtsprechung bislang immer noch umstritten, ob ein im Reisegewerbe verbotenerweise abgeschlossener oder vermittelter Darlehensvertrag gemäß § 134 nichtig ist.³² Erst mit der Entscheidung des BGH vom 22. 5. 1978 wurde höchstrichterlich die Nichtigkeit eines im Reisegewerbe abgeschlossenen oder vermittelten Darlehensvertrages bestätigt. Der BGH führte dazu im einzelnen aus:

„Der Schutzzweck der Verbotsnorm besteht somit darin, den Verbraucher davor zu bewahren, daß seine wirtschaftliche Entschließungsfreiheit in bestimmten Situationen (Haustürgeschäften) durch Übereilung, durch irreführende mündliche Angaben, durch zudringliches Verhalten des Reisegewerbetreibenden beeinträchtigt wird. Damit geht der Schutzzweck der Norm über den Zweck sonstiger gewerblicher Verbote (z. B. des Verbots des Verkaufs an Sonn- und Feiertagen) hinaus, die sich nur gegen die Art der Vornahme eines sonst unbedenklichen Rechtsgeschäfts richten und deren Verletzung deshalb nicht zur Nichtigkeit dieses Geschäfts führen muß.“³³

Bei UWG-Verstößen handelt es sich zwar in vielen Fällen auch um derartige belästigende Werbemaßnahmen,³⁴ jedoch fehlt es an einem dem § 56 GewO entsprechenden verbraucherschützenden Verbot, das sich auf den Abschluß von bestimmten bürgerlichen Rechtsgeschäften bezieht. Solche Vorschriften finden sich, wie bereits schon erwähnt, zugunsten von Wettbewerbern im UWG nur in den §§ 12, 17, 18, 20; den verbraucherschützenden Bestimmungen der §§ 1 und 3 UWG kann demgegenüber unter Berücksichtigung des § 13 Abs. 1 a UWG ein gleichgelagerter Schutzgedanke nicht entnommen werden.

³¹ S. § 13 b Abs. 2 der Novelle zum UWG, BR-Drucks. 226/78, S. 5.

³² S. die Literatur- und Rechtsprechungshinweise, BB 1978, 1184; Palandt/Heinrichs, § 134, Anm. 2 a; sowie Berg, H., Der finanzierte Ehemäklervertrag, JuS 1973, 548 ff., 550 f.

³³ BGH 22. 5. 1978, BB 1978, 1184; gleiches gilt auch bei einem Verstoß gegen das Rechtsberatungsmißbrauchsgesetz, BGHZ 37, 258.

³⁴ S. Schade, S. 3 ff.; Schricker/Lehmann, Werbung/Unlauterer Wettbewerb, Rdz. 55 ff.

Rein bürgerlich-rechtlich betrachtet muß außerdem bei § 134 auch das Konkurrenzverhältnis zu § 123 berücksichtigt werden. Rechtssystematisch fügte sich die Auffassung einer Nichtigkeit von Rechtsgeschäften, die etwa mit belästigenden Methoden angebahnt worden sind, nicht in das Gebäude des BGB ein, denn aus § 123 ist unter Berücksichtigung der in den Motiven niedergelegten Überlegungen die Wertung zu entnehmen, daß sogar bei einer Vertragsanbahnung unter Verwendung von arglistigen Täuschungen oder Drohungen die Rechtsfolge jedesmal nicht automatisch die Nichtigkeit, sondern nur die Anfechtbarkeit ist.³⁵ Das BGB gewährt dem Getäuschten oder Bedrohten nur ein Gestaltungsrecht als Folge dessen Ausübung erst die Nichtigkeit gemäß § 142 eintreten kann.³⁶

Aufgrund dieser Überlegungen kommen wir zu dem Schluß, daß wettbewerbswidrig angebahnte Kaufverträge, d.h. sog. Folgeverträge, nicht gemäß § 134 nichtig sind; gleiches gilt bei Verstößen gegen die Zugabeverordnung oder das Rabattgesetz.³⁷ Diese Folgeverträge enthalten trotz ihrer sittenwidrigen Anbahnung nicht eine rechtsgeschäftliche Regelung, die nach bisherigem Verständnis aus Gründen der Sicherung der Wettbewerbsordnung als gemäß § 134 unwirksam betrachtet werden muß.

5.2. Verstoß gegen die guten Sitten – § 138 BGB

5.2.1. § 138 Abs. 1 BGB – sittenwidrige Rechtsgeschäfte

Anders als bei § 134 tritt bei § 138 der Inhalt der Regelung eines Rechtsgeschäfts als der entscheidende Anknüpfungspunkt für die rechtliche Beurteilung anhand des Maßstabes der Sittenwidrigkeit³⁸ nicht ausschließlich in den Vordergrund.

³⁵ Zu § 123 s. oben 4.6. Zum Konkurrenzverhältnis der §§ 123, 134 s. Larenz, AT, S. 379; § 123 ist eine Sonderregelung; problematisch sind auch die Konkurrenzen zu § 138; s. Münch-Kom/Kramer, § 134, Rdz. 4; üblicherweise wird § 134 als subsidiär zu § 138 und 123 als lex specialis zu § 138 betrachtet; s. unten 5.2; Palandt/Heinrichs, § 138, Anm. 1 f; Sack, Folgeverträge, S. 11.

³⁶ Diese, aber auch nur diese Wertung, kann dem § 123 entnommen werden, denn § 123 muß als Sonderregelung eher eng ausgelegt werden; treten andere Umstände zu einer Täuschung oder Bedrohung hinzu, etwa ein deutlich gestörtes Äquivalenzverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung bei einem Vertragsschluß, ist ein anderer Sachverhalt gegeben, für den § 123 nur noch eine stark reduzierte Aussagekraft haben kann; s. unten bei § 138, III. 5.2.

Auch der BGH hat den Leitsatz aufgestellt, daß § 123 nur so lange eine „Sonderregelung“ gegenüber den §§ 134, 138 darstellen kann, solange keine weiteren, den materiellen Inhalt eines Rechtsgeschäfts betreffenden Umstände hinzutreten, die in Verbindung mit vertragsanbahnenden Gegebenheiten eines Gesetzes- oder Sittenwidrigkeit begründen können, BGH 9. 2. 1977, DB 1977, 767.

³⁷ H. M. vgl. Staudinger/Dilcher, § 134, Rdz. 15; Palandt/Heinrichs, § 134, Anm. 3 mit Rechtsprechungshinweisen; Lehmann, GRUR 1978, 377; a. A. OLG Hamburg 17. 11. 1977, WRP 1978, 900; OLG Nürnberg 16. 12. 1975, MDR 1976, 488; differenzierend Lafrenz, J., Die Folgen des Rabattverstoßes, GRUR 1979, 89 ff.; vgl. dazu auch oben Fußn. 17.

³⁸ Zur Entwicklung und Bestimmung des Inhalts des Begriffs der guten Sitten s. Schricker,

Im ersten Entwurf lautete zwar der damalige § 106 noch folgendermaßen: „Ein Rechtsgeschäft, dessen Inhalt gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstößt, ist nichtig.“ Kernpunkt des § 138 Abs. 1 war daher ursprünglich der inhaltliche Verstoß eines Rechtsgeschäftes gegen die guten Sitten. Auch in den Motiven kommt zum Ausdruck, daß anfänglich nur Rechtsgeschäfte, deren Inhalt gegen die guten Sitten verstößt, von § 138 erfaßt werden sollten: „Die Grenze ist dahin zu ziehen, daß Nichtigkeit eintritt, wenn der *Inhalt* eines Rechtsgeschäftes unmittelbar, in objektiver Hinsicht und unter Ausscheidung der subjektiven Seite, die guten Sitten verletzt.“³⁹

Den letzten Halbsatz relativieren jedoch die Protokolle ganz entscheidend: „Es genüge nicht, mit dem Entw. die Nichtigkeit nur bezüglich solcher Rechtsgeschäfte zu bestimmen, deren Inhalt unmittelbar in objektiver Hinsicht und unter Ausscheidung der subjektiven Momente die guten Sitten verletze. Wenn auch auf die Motive der Parteien nicht in dem Maße Rücksicht genommen werden dürfe, daß ihre Handlungen einer sittenrichterlichen Kontrolle des Richters unterstellt würden, so sei es doch im einzelnen Falle unerlässlich, die verwerfliche Gesinnung der Beteiligten nicht außer acht zu lassen, weil erst durch die Hinzunahme dieses subjektiven Moments der Inhalt des Rechtsgeschäfts in das rechte Licht gesetzt werde.“⁴⁰ Neben subjektiven Momenten⁴¹ kommt es daher bei § 138 nach heute allgemein herrschender Auffassung auch auf die Zusammenfassung und Gesamtbewertung aller das jeweilige Rechtsgeschäft beeinflussenden Umstände an; nicht nur der bloße Inhalt einer rechtsgeschäftlichen Regelung ist entscheidend.⁴² Somit können auch Umstände der Vertragsanbahnung Bedeutung für § 138 erlangen, wobei jedoch aus Gründen des Konkurrenzverhältnisses zwischen § 123 und § 138 dies andere Umstände

G., Gesetzesverletzung und Sittenverstoß, S. 185 ff.; Teubner, G., Standards und Direktiven in Generalklauseln, S. 9 ff.; Larenz, Grundsätzliches zu § 138 BGB, Jur. JB VII (1966/67), 98 ff.; Steindorff, Die guten Sitten als Freiheitsbeschränkung, in *summum ius summa iniuria*, S. 48 ff.; Lindacher, W. F., Grundsätzliches zu § 138 BGB, AcP 173, 123; Schmidt, H., Die Lehre von der Sittenwidrigkeit der Rechtsgeschäfte in historischer Sicht, S. 1 ff.

Zu dem weitreichenden Problem der inhaltlichen Bestimmung der „Guten Sitten“ soll hier nicht erneut näher Stellung genommen werden, vgl. dazu meine Ausführungen, Die Werbung mit Geschenken, S. 178 ff.

³⁹ Motive I, 211. Die Motive sprechen nur vom *Inhalt* eines Rechtsgeschäfts.

⁴⁰ Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches (bearbeitet von Achilles, Gebhard, Spahn) Band I, Berlin 1897, S. 123; vgl. auch Larenz, Jur. JB VII (1966/67), S. 98 ff.; Lindacher, AcP 1973, 125 ff.; die h. M. stellt heute auch auf subjektive Kriterien ab, s. Mayer-Maly, Th., Das Bewußtsein der Sittenwidrigkeit, S. 7 ff.; Lindacher, a. a. O.; Larenz, AT, S. 392; Palandt/Heinrichs, § 138, Anm. 1 c, bb.

⁴¹ Abzulehnen ist aber ebenso wie bei § 134 die Auffassung, daß bei zwei- oder mehrseitigen Rechtsgeschäften das sittenwidrige Motiv nur eines Geschäftspartners nicht zur Nichtigkeit dieses Rechtsgeschäfts führen kann, so aber MünchKomm/Mayer-Maly, § 138, Rdz. 11 unter Hinweis auf RGZ 99, 107 (108 f.).

⁴² Larenz, AT, S. 385; Schricker, Gesetzesverletzung, S. 65 ff.; Lange/Köhler, S. 359; Palandt/Heinrichs, § 138, Anm. 1 c, bb; MünchKomm/Mayer-Maly, § 138, Rdz. 11; s. auch Schumacher, S. 61 f.

als eine arglistige Täuschung oder Drohung sein müssen, weil insoweit § 123 als *lex specialis* dem § 138 vorgeht.⁴³ Der BGH hat dies jüngst folgendermaßen formuliert:

„Nach allgemeiner Meinung in Rechtsprechung und Schrifttum enthält der § 123 BGB, der bei Verschweigen von für den Entschluß des Käufers erheblichen Tatsachen unter Umständen eine Anfechtung des Vertrages ermöglicht, eine Sonderregelung gegenüber § 138 BGB. Liegt indessen nichts weiter vor, als daß der eine Teil den Willen des anderen in zu beanstandender Weise beeinflusst hat und daß er den anderen Teil dadurch zu einem Geschäft bestimmt hat, kann der Vertrag lediglich nach § 123 BGB angefochten werden. Anders ist es erst, wenn zu dem Tatbestand des § 123 BGB weitere Umstände hinzutreten, die das Geschäft zu einem sittenwidrigen stempeln.“⁴⁴

§ 138 kann heute nach modernem Verständnis der Gemeinwohlverpflichtung des Privatrechts als ein Instrument zur Beschränkung der Privatautonomie auch unter Berücksichtigung von wirtschaftspolitischen Überlegungen verstanden werden;⁴⁵ der Begriff der „Sittenwidrigkeit“ in § 138 muß dann so ausgelegt werden, daß diese Vorschrift dazu beiträgt, unter Beachtung der im BGB selbst zum Ausdruck gekommenen Äquivalenzvorstellungen beim Abbau von sozialen Ungerechtigkeiten rechtliche Hilfestellung geben zu können.⁴⁶ § 138 dient damit neben anderen Funktionen auch als Einbruchsstelle für Wertungen, die von dem Sozialmodell des Wirtschaftsrechts auf das allgemeine Privatrecht ausstrahlen.⁴⁷

Die Rechtsprechung hat jedoch diesen Schritt bislang nur in wenigen Einzelfällen zu tun gewagt; sie bleibt vorwiegend einer mehr oder weniger moralisierenden Betrachtungsweise verhaftet, indem sie unter Heranziehung des „Anstandsgefühls aller billig und gerecht Denkenden“ eine Entscheidung zu treffen versucht.⁴⁸ Typi-

⁴³ Larenz, AT, S. 379; s. auch S. 349; Enneccerus/Nipperdey, § 191, II, 1, Fußn. 14, ihm folgend Sack, Folgeverträge, S. 11; Lehmann/Hübner, S. 275; Lange/Köhler, S. 357; MünchKomm/Mayer-Maly, § 138, Rdz. 6; Soergel/Hefermehl, § 138, Rdz. 56.

⁴⁴ BGH 9. 2. 1977, DB 1977, 767; s. auch schon RG, RGZ 114, 338ff., 342: „Besteht die sittenwidrige Handlungsweise des einen Vertragsteils darin, daß er unzulässigerweise den Willen des anderen Teils durch arglistige Täuschung oder Drohung beeinflusst, so schließt das dann eingreifende Sonderrecht der Anfechtung die Annahme einer Nichtigkeit des Vertrages nach § 138 BGB aus.“

⁴⁵ Raiser, L., Die Zukunft des Privatrechts, S. 7ff.; Mestmäcker, AcP 1968, 254, 255; Steindorff, Wirtschaftsordnung und -steuerung durch Privatrecht, S. 638; Teubner, S. 107; Rebe, B., Privatrecht und Wirtschaftsordnung, S. 96ff., 102ff., 172ff.; vgl. auch Schmidt-Syassen, Wechselwirkung von Wirtschaftsrecht und Bürgerlichem Recht, Dissertation Bonn 1973, passim.

⁴⁶ Esser/Schmidt, Schuldrecht I, S. 6; Bartholomeyczik, H., Äquivalenzprinzip, Waffen-gleichheit und Gegengewichtsprinzip in der modernen Rechtsentwicklung, AcP 1966, 30ff. (67); Hackl, K., Äquivalenzstörung und Sittenwidrigkeit, BB 1977, 1412ff.; Westermann, H.-P., AcP 1978, 173ff.; Lieb, M., AcP 1979, 207.

⁴⁷ Grundlegend dazu Mestmäcker, Über die normative Kraft privatrechtlicher Verträge, JZ 1964, 441ff.; Steindorff, Wirtschaftsordnung und -steuerung durch Privatrecht, S. 621ff.

⁴⁸ Westermann, AcP 1978, 174; Rebe, S. 102ff. (116); kritisch ebenso Rother, W., Sittenwidrige Rechtsgeschäfte und sexuelle Liberalisierung, AcP 1972, 498ff.; MünchKomm/Mayer-Maly, § 138, Rdz. 14, 15; vgl. dort auch Rdz. 22ff., die ausführliche Zusammenstellung der Rechtsprechung und Fallgruppen; s. auch Schade, J., Geschäfte an der Haustür durch unbestellte Vertreter, S. 19ff., mit zahlreichen Rechtsprechungshinweisen.

scherweise wird § 138 als Vorschrift zur Inhaltskontrolle von rechtsgeschäftlichen Vereinbarungen herangezogen und diente vor Schaffung des ABG-Gesetzes gelegentlich auch – neben § 242 – zur Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen.⁴⁹

Manche Gerichte haben neuerdings § 138 aber auch dann zur Anwendung gebracht, wenn infolge einer wettbewerbswidrigen Vertragsanbahnung ein Rechtsgeschäft abgeschlossen worden war. Erste bekanntgewordene Entscheidung ist diejenige des LG Mainz vom 30. 6. 1967,⁵⁰ worin ein Kaufvertrag gemäß § 138 für nichtig erklärt wurde, weil dieser durch akquisitorische Maßnahmen angebahnt worden war, die eine Beschränkung der Überlegungsmöglichkeiten und der Entschlußfreiheit des Käufers implizierten: In wettbewerbswidriger Weise war durch einen Vertreter bei den Vertragsverhandlungen an die Hilfsbereitschaft und das Mitleid des Käufers appelliert worden. Das Gericht führte aus, derartige Verkaufstechniken verdienten nicht den Schutz der Rechtsordnung.

Eine detailliertere Begründung hat in einem ähnlichen Fall das AG Trier gegeben, das die Nichtigkeit von anlässlich von sog. „Kaffeefahrten“ abgeschlossenen Kaufverträgen bejaht hat:⁵¹ „Ein gegen die guten Sitten verstoßendes Vorgehen eines Kaufmanns kann seine Wettbewerber schädigen, für die einzelnen Käufer aber belanglos oder sogar günstig sein (etwa Lockvogelangebote zu Dumpingpreisen). Eine der gleichen Beurteilung unterliegende Handlungsweise kann aber auch andererseits sowohl die Belange der Wettbewerber als auch die schutzwürdigen Interessen eines bestimmten Käufers verletzen. Ist sie für einen bestimmten Vertragsabschluß ursächlich geworden, ist das Rechtsgeschäft dann nach § 138 Abs. 1 als nichtig anzusehen“. Die gleichen Kriterien, die zur Beurteilung einer Handlung nach § 1 UWG verwendet würden, müßten auch herangezogen werden, wenn es um die Beurteilung der Handlungsweise einer vertragschließenden Partei nach § 138 BGB gehe.

Vgl. auch die ähnliche Problematik bei § 1 UWG, s. meine Ausführungen, Wirtschaftspolitische Kriterien in § 1 UWG, in *Mitarbeiterfestschrift für E. Ulmer*, Köln 1973, S. 321 ff.; Sack, *Wirtschaftspolitik*, WRP 1974, 247 ff., jeweils mit weiteren Hinweisen.

⁴⁹ Statt vieler Schmidt-Salzer, J., *Allgemeine Geschäftsbedingungen*, Schriftenreihe der NJW, Nr. 11 (1. Aufl., 1971), S. 221 ff.; ders., NJW 1967, 373; Fikentscher, S. 102; Lehmann/Hübner, S. 201; Wolf, M., *Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit*, S. 36 ff.; Medicus, Rdz. 69.

Auch eine Durchsicht der einschlägigen Rechtsprechung zu § 138 aus den letzten Jahren bestätigt diesen Eindruck; nur ein Beispiel sei hier erwähnt: AG Emden, NJW 1975, 1363 (Vermietung eines Doppelzimmers an Verlobte); s. dazu den Meinungsstreit Schickedanz, NJW 1975, 1890; Peters, NJW 1975, 1890; Händel, NJW 1976, 521; Lindacher, MDR 1976, 80; s. auch Schade, S. 20 ff.; auch Schade führt weit überwiegend Rechtsprechungsbeispiele an, die wegen inhaltlicher Mängel Verträge „an der Haustür“ für gemäß § 138 Abs. 1 nichtig erklären; die Methode der Vertragsanbahnung „an der Haustür“ spielt demgegenüber nur eine sekundäre Rolle; vgl. auch BGH 9. 11. 1978, BB 1979, 343 (Nichtigkeit wegen unübersichtlicher, übermäßiger belastender AGB).

⁵⁰ BB 1967, 1181; vgl. dazu auch Sack, *Folgeverträge*, S. 9 ff.

⁵¹ AG Trier 22. 7. 1971, NJW 1972, 160.

Hier wie dort sei das gleiche gesetzliche Tatbestandsmerkmal zu prüfen, das Vorliegen eines Verstoßes gegen die guten Sitten: „In einer einheitlichen Rechtsordnung muß dieser Tatbestand inhaltlich gleichsinnig bestimmt werden. Es geht nicht an, dieselbe Handlung bei Anwendung von § 1 UWG als sittenwidrig, bei der Anwendung von § 138 BGB aber als nicht sittenwidrig zu betrachten.“⁵²

Auch das LG Bonn hat mit Entscheidung vom 7. 12. 1976⁵³ einen Darlehensvertrag wegen Sittenwidrigkeit gemäß § 138 für nichtig erklärt, der im Reisegewerbe unter Ausnutzung der Unerfahrenheit und in Kenntnis der wirtschaftlichen Schwierigkeiten des Vertragspartners mit Hilfe eines Vertreters abgeschlossen worden war.

Der BGH steht demgegenüber seit jeher auf dem Standpunkt, daß ein unter Verstoß gegen die Zugabeverordnung oder § 1 UWG angebotener und abgeschlossener Kaufvertrag nicht allein deswegen schon gemäß § 138 nichtig ist.⁵⁴ Die gleiche Meinung wird weit überwiegend in der Literatur geäußert.⁵⁵ Hauptargumente dafür sind, daß § 138 nicht die Sittenwidrigkeit des Zustandekommens, d. h. die Art und Weise des Abschlusses eines Rechtsgeschäfts sondern dessen Inhalt als rechtlich unzulässige Regelung sanktioniere und daß im Falle einer Sittenwidrigkeit aufgrund sonstiger Begleitumstände das Rechtsgeschäft in der Regel nur dann nichtig sei, wenn beide Teile gegen die guten Sitten verstoßen hätten.⁵⁶ Dem wettbewerbswidrig umworbenen Verbraucher kann jedoch typischerweise kein Vorwurf eines Sittenverstoßes gemacht werden.

Ausgehend von dem vom AG Trier herangezogenen Grundsatz der Einheitlichkeit der Rechtsordnung könnte man in der Tat der Versuchung erliegen, Erscheinungen der Vertragsanbahnung, die als Wettbewerbshandlungen unstreitig gemäß § 1 UWG als sittenwidrig zu qualifizieren sind, z. B. das Ansprechen von Passanten auf offener Straße, das Erschleichen eines unbestellten Vertreterbesuchs, die Tele-

⁵² NJW 1972, 160. Dieses Urteil wurde vom LG Trier 9. 10. 1973, NJW 1974, 151, bestätigt, das jedoch statt auf § 138 Abs. 1 auf § 138 Abs. 2 (Wucher) abstellte; diesen Gesichtspunkt hatte das AG Trier dahingestellt sein lassen; vgl. in diesem Zusammenhang auch LG Frankfurt 11. 10. 1963, NJW 1964, 501 („§ 138 gewähre ausreichenden Rechtsschutz“).

Vgl. einen ähnlichen Ansatz bei Hubmann, S. 245: „Der Maßstab der Sittlichkeit muß aber offenbar im gesamten Recht ein einheitlicher sein“; Enneccerus/Nipperdey, S. 1164, Fußn. 3; Nastelski, GRUR 1969, 323.

⁵³ WM 1977, 1341. Eine Berücksichtigung von § 56 Abs. 1 Nr. 6 GewO unterblieb dabei.

⁵⁴ BGH 14. 5. 1952, DB 1952, 508; auch dem bereits erwähnten Urteil vom 9. 12. 1977 – BSW III, GRUR 1978, 311, s. oben 5.1. bei Fußn. 11, kann dies entnommen werden; s. auch OLG Frankfurt, GRUR 1978, 721; LG Berlin, WRP 1972, 96; das OLG Frankfurt bejahte aber einen Verstoß gegen § 1 UWG wegen Verfestigung und Vertiefung unlauteren Wettbewerbs.

⁵⁵ Sack, Folgeverträge, S. 9ff. (13); diesem folgend Palandt/Heinrichs, § 138, Anm. 1f.; Ochs, WRP 1977, 373; Wedemeyer, WRP 1972, 119; Berg, JuS 1973, 551; Bartl, ZRP 1976, 15; Reich, Montpellier, S. 246; v. Gamm, Wettbewerbsrecht, § 1 Rdz. 144; differenzierend Mayer-Maly, in MünchKommMayer-Maly, § 138, Rdz. 21; v. Gamm, WRP 1974, 4.

⁵⁶ Vgl. zu diesem Argument statt vieler BGH a. a. O., Fußn. 54; Soergel/Hefermehl, § 138, Rdz. 35.

fonwerbung oder bestimmte Formen des sog. psychologischen Kaufzwangs,⁵⁷ wegen dieses Grundsatzes auch bürgerlich-rechtlich als „sittenwidrig“ zu qualifizieren und daher die aufgrund derartiger Einwirkungen abgeschlossenen Kaufverträge als gemäß § 138 Abs. 1 nichtig zu erachten.

Zum Grundsatz der Einheitlichkeit der Rechtsordnung schrieb jedoch schon im Jahre 1935 Karl Engisch mahnend: „Da wird man sich vor allen Dingen hüten müssen, die Einheit der Rechtsordnung zu verwechseln mit der Einheit eines auf eben dieselbe Rechtsordnung bezüglichen rechtswissenschaftlichen Systems. Die letztere Einheit liegt auf der Erkenntnisseite. Sie bedeutet die innere und äußere Ordnung rechtswissenschaftlicher Urteile, während die Einheit der Rechtsordnung auf der Gegenstandsseite liegt, die in der Rechtsordnung zusammengeschlossene Sollenssätze betrifft. Diese Unterscheidung wird nicht berührt von der Einsicht, daß die Einheit der Rechtsordnung vielleicht nicht unabhängig von der rechtswissenschaftlichen Erkenntnis besteht, daß sie sich erst in der juristischen Arbeit ‚konstituiert‘ und insofern ein Geschöpf der ‚schöpferischen Rechtswissenschaft‘ ist.“⁵⁸ Und mit Canaris muß man weiterhin vorwegschicken: „Ungeeignet, die innere Einheit und Folgerichtigkeit einer bestimmten positiven Rechtsordnung zu erfassen, ist ... ein formal-logisches System ... In der Tat ist der Versuch, das System einer bestimmten Rechtsordnung als formal-logisches oder axiomatisch-deduktives zu konzipieren, von vornherein zum Scheitern verurteilt. Denn die innere Sinneinheit des Rechts, die es im System zu erfassen gilt, ist entsprechend ihrer Ableitung aus dem Gerechtigkeitsgedanken nicht logischer, sondern wertungsmäßiger, also axiologischer Art.“⁵⁹

Der bürgerlich-rechtliche Wertungsansatz der Sittenwidrigkeit ist mit dem wettbewerbsrechtlichen keineswegs identisch;⁶⁰ im ersten Fall geht es um die Beschrän-

⁵⁷ Statt vieler s. Baumbach/Hefermehl, § 1 UWG, Rdz. 44 ff.; Schricker/Lehmann, Werbung/Unlauterer Wettbewerb, Rdz. 55 ff.; Lehmann, Werbung, S. 144 ff.

⁵⁸ Engisch, K., Die Einheit der Rechtsordnung, S. 2.

⁵⁹ Canaris, C.-W., Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts, S. 20 f.

Vgl. außerdem zum Gedanken der Einheitlichkeit der Rechtsordnung, Larenz, K., Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. S. 155 ff.; Esser, I., Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, S. 36 ff.

⁶⁰ Schricker, Gesetzesverletzung, 247 f.; MünchKomm/Mayer-Maly, § 138, Rdz. 19 ff.; Sack, Folgeverträge, S. 11; Staudinger/Dilcher, § 138, Rdz. 10.

Hier soll allerdings nicht übersehen werden, daß die materiellen Wertungsansätze des wettbewerbsrechtlichen Verbraucherschutzes häufig mit denen des Bürgerlichen Rechts übereinstimmen können; gleichwohl handelt es sich doch um unterschiedliche Rechtsmaterien. Die Verbraucherschutzüberlegungen sind im Wettbewerbsrecht letztlich immer nur ein Mittel zum Zweck des Schutzes der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs. Die Vertragsgerechtigkeit ist demgegenüber im Bürgerlichen Recht ein Grundaxiom unserer Privatrechtsordnung. Vor allem kann auch eine Wechselwirkung der gesetzlichen Wertungen aus UWG und BGB nicht zu Ergebnissen führen, die mit dem inneren System des jeweiligen Gesetzes nicht vereinbar sind; dies wird von Wolf, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit, S. 123 ff., 278 ff. und Rebe, S. 74 nicht genügend berücksichtigt; zur Kritik an der Meinung Wolfs s. auch Sack, Folgeverträge, S. 19 ff.

kung und Kontrolle der Privatautonomie, im zweiten um die Sicherung der Funktionsfähigkeit der Wettbewerbswirtschaft. Vom Prüfungsgegenstand her betrachtet, kommt es bürgerlich-rechtlich nur darauf an, ob angesichts aller Umstände ein bestimmtes Rechtsgeschäft wirksam sein soll oder ob die Rechtsordnung ihm die Geltung als Regelung versagt, während wettbewerbsrechtlich zu untersuchen ist, ob eine Wettbewerbshandlung für das marktkonforme Funktionieren des Wirtschaftskreislaufes erwünscht oder unerwünscht ist. Aus den unterschiedlichen Normzwecken und der Tatsache, daß unterschiedliche rechtliche Erscheinungen zu beurteilen sind, ergeben sich aber zwangsläufig differente Maßstäbe, auch wenn formal identische Begriffe verwendet werden. Die Anwendung identischer Begriffe in ein und derselben Rechtsordnung führt nicht dazu, daß mit Rücksicht auf den Grundsatz der Einheitlichkeit der Rechtsordnung deswegen völlig gleiche Begriffsinhalte gegeben sein müßten.⁶¹

Nach den Vorschriften des Bürgerlichen Rechts führen zudem, wie bereits im Blick auf das Konkurrenzverhältnis zwischen § 138 und § 123 herausgestellt wurde, viele Verhaltensweisen, die zweifelsohne gemäß UWG als sittenwidrig beurteilt werden, wie z.B. ein Vertragsabschluß unter Verwendung einer arglistigen Täuschung oder Drohung, nicht zur Nichtigkeit gemäß § 138, sondern nur zur Anfechtbarkeit gemäß § 123. Ein ähnlicher Wertungsansatz ist dem § 138 Abs. 2 zu entnehmen: Nicht jede Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder der Willensschwäche führt zur Nichtigkeit eines solchermaßen angebahnten Rechtsgeschäfts; es bedarf vielmehr zusätzlich des Vorliegens eines objektiv auffälligen ökonomischen Mißverhältnisses der auszutauschenden Leistungen. So betrachtet, erweist sich das Wettbewerbsrecht als wesentlich strenger als das BGB, denn jenes gelangt viel eher zu dem Verdikt der Sittenwidrigkeit als dieses. Der Grundfall unlauteren Wettbewerbs, die irreführende Werbung, führt bürgerlich-rechtlich per se gerade nicht zur Nichtigkeit gemäß § 138, sondern allenfalls zur Anfechtbarkeit gemäß §§ 119, 123. Wettbewerbshandlungen, die z.B. unter Ausnutzung des Mangels an Urteilsvermögen oder einer erheblichen Willensschwäche des umworbenen Verbrauchers zu einem Vertragsschluß anreizen sollen, sind in der Regel als gemäß § 1 UWG sittenwidrig zu qualifizieren; der sog. psychologische Kaufzwang oder die unsachliche Werbung haben sogar noch wesentlich niedrigere Voraussetzungen als die genannten Tatbestände des § 138 Abs. 2; es genügt jede unerwünschte werbliche Einwirkung auf die Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers.⁶² Jede unzumutbar belästigende Werbemaßnahme, z.B. ein Werbetelefonat im Privathaushalt, ist wettbewerbsrechtlich sittenwidrig. Man mag den

⁶¹ Vgl. das Parallelproblem bei der Verwendung des Begriffs „Verbraucher“, Schneider, T., Der Begriff des Verbrauchers im Recht, BB 1974, 764 ff.; Schricker/Lehmann, Selbstbedienungs-großhandel, 109; Schricker, Gesetzesverletzung, S. 14.

⁶² Lehmann, Werbung, S. 141 ff.; ders., Sales Promotion und unlauterer Wettbewerb. Verbraucherschutz und Sales Promotion, GRUR 1974, 689 ff.; ders., Die „neue Sachlichkeit“ des BGH im Wettbewerbsrecht, GRUR 1975, 239 ff.; Schricker/Lehmann, Werbung/Unlauterer Wettbewerb, Rdz. 55.

gegenüber dem Wettbewerbsrecht ganz erheblich abweichenden Wertungsansätzen des BGB kritisch gegenüberstehen; völlig negieren lassen sich diese in den §§ 123 und 138 Abs. 2 zum Ausdruck gekommenen Wertungen jedoch nicht. Dazu bedürfte es vielmehr einer Neuregelung durch den Gesetzgeber.

Aber auch nur vom Ergebnis her betrachtet wäre es unverständlich, jede gemäß § 1 UWG sittenwidrige Vertragsanbahnung zu einem gemäß § 138 sittenwidrigen und damit nichtigen Folgevertrag führen zu lassen. Der Verbraucher, der z. B. aufgrund einer für ihn im konkreten Einzelfall günstigen aber wettbewerbswidrigen Lockvogelwerbung ein preiswertes Sonderangebot gekauft hat, ginge dann in jedem Fall seiner vertraglichen Ansprüche verlustig, obwohl dies von ihm keineswegs erwünscht ist.

Es muß daher auch im Rahmen der Berücksichtigung von wettbewerbswidrigen Vertragsanbahnungsmaßnahmen und Umständen bei der Bestimmung eines prinzipiell bürgerlich-rechtlichen Begriffs der Sittenwidrigkeit bleiben, wenn die Frage zu klären ist, ob Kaufverträge, die unter dem Einfluß unlauterer Marketingbemühungen der Angebotsseite abgeschlossen worden sind, gemäß § 138 Abs. 1 als sittenwidrig qualifiziert werden können.

Ausgehend von den bereits erwähnten bürgerlich-rechtlichen Wertungsansätzen, die dem § 123 und dem § 138 Abs. 2, als einem Sonderfall des § 138 Abs. 1⁶³ zu entnehmen sind, zeigt sich, daß dem § 138 Abs. 1 zur Regelung der Vertragsanbahnung keine allzu große Bedeutung beigemessen werden darf.

Wegen der grundsätzlichen Unerheblichkeit einer Täuschung oder Drohung sowie etwa der Ausnutzung der geschäftlichen Unerfahrenheit oder der Willensschwäche als solcher für § 138, bleibt dessen Anwendung im wesentlichen auf die Beseitigung von erheblichen Äquivalenzstörungen bei zivilrechtlichen Austauschvorgängen im Zusammenhang mit sonstigen Umständen beschränkt.⁶⁴ Erst ein auffälliges Mißverhältnis von Leistung und Gegenleistung beim Abschluß eines Kaufvertrages oder andere vergleichbare Umstände, bedingt durch einen Rechtsverstoß bei der Vertragsanbahnung, der wettbewerbsrechtlich als eine unlautere Wettbewerbshandlung zu qualifizieren ist, können zur Sittenwidrigkeit dieses Rechtsgeschäfts gemäß § 138 Abs. 1 führen; allein Verstöße bei der Vertragsanbahnung eines ansonsten inhaltlich neutralen Kaufvertrags können dafür nicht ausreichen.⁶⁵ Rechtsprechung und Lehre stimmen aber darin überein, daß ein Vertrag mit einer auffälli-

⁶³ Herrschende Meinung, MünchKomm/Mayer-Maly, § 138, Rdz. 112; Palandt/Heinrichs, § 138, Anm. 1 a, 4 a; Flume, S. 379.

⁶⁴ Vgl. dazu Bartholomeyczik, AcP 166, 30 ff.; Hackl, BB 1977, 1412 ff.; Rebe, S. 174 läßt dieses Verhältnis von § 138 Abs. 1 zu § 138 Abs. 2 und zu § 123 völlig unberücksichtigt und kommt daher zu dem Ergebnis, daß täuschende Vereinbarungen immer gemäß § 138 nichtig sind.

⁶⁵ Mayer-Maly, Das Bewußtsein der Sittenwidrigkeit, S. 29: „Der einzig zulässige und gebotene Rückschluß von § 138 Abs. 2 auf § 138 Abs. 1 scheint mir dahin zu gehen, daß nur bei teilweiser Verwirklichung der Merkmale des Wuchertatbestandes ein Rechtsgeschäft grundsätzlich als gültig anzusehen ist ...; s. auch Flume, S. 373.

gen Äquivalenzstörung dann als sittenwidrig gemäß § 138 behandelt werden kann, wenn zu diesem objektiven Leistungsmaßverhältnis auch noch ein subjektives Sittenwidrigkeitselement hinzukommt.⁶⁶ Diese subjektiven Elemente können und werden sich häufig aus der gewählten Art der Vertragsanbahnung ableiten lassen; aber auch rein objektive Kriterien, die wertungsmäßig den neben der Äquivalenzstörung in § 138 Abs. 2 aufgezählten Tatbestandsmerkmalen z.B. der Ausbeutung, der Unerfahrenheit oder des Mangels an Urteilsvermögen entsprechen, können zum gleichen Ergebnis führen.

Bei einem deutlich gestörten Äquivalenzverhältnis der Leistungen in einem Kaufvertrag, der mit wettbewerbswidrigen Methoden angebahnt worden ist, kann somit regelmäßig die Sittenwidrigkeit dieses Rechtsverhältnisses gemäß § 138 Abs. 1 bejaht werden.⁶⁷ Dann liegt eine rechtsgeschäftliche Regelung vor, deren Inhalt unter Berücksichtigung der Umstände, die zu ihrer Vereinbarung geführt haben, von der Rechtsordnung wegen eines fundamentalen Verstoßes gegen die Vertragsgerechtigkeit keinen Bestand haben darf. Die Ausnutzung einer wirtschaftlichen Vormachtstellung zur Durchsetzung von Ansprüchen auf eine überhöhte Gegenleistung ist gemäß § 138 schon immer als sittenwidrig beurteilt worden;⁶⁸ ein vergleichbarer Sachverhalt ist auch dann gegeben, wenn mit wettbewerbswidrigen Methoden der Abschluß von Kaufverträgen mit einem deutlich gestörten Äquivalenzverhältnis oder anderen, vergleichbaren Umständen bewirkt wird.⁶⁹

Andererseits kann, weil bekanntlich von den Verfassern des BGB die „*laesio enormis*“ abgelehnt worden ist,⁷⁰ die Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäfts nicht allein mit einer Äquivalenzstörung begründet werden;⁷¹ ebensowenig geht dies, wenn nur eine wettbewerbswidrige Vertragsanbahnung, nicht aber eine Äquivalenzstörung oder sonstige vergleichbare Umstände, etwa eine zu mißbilligende Kommer-

⁶⁶ Vgl. die Nachweise bei Hackl, BB 1977, 1412; ebenso Lindacher, AcP 173, 124 ff.

⁶⁷ Hier folgt auch die Nichtigkeit aus § 134 in Verbindung mit § 302 a StGB, an denen der § 138 inhaltlich angepaßt worden ist; s. Palandt/Heinrichs, § 138, Anm. 4 a.

⁶⁸ Statt vieler Fikentscher, W., Vertrag und wirtschaftliche Macht, in Festschrift für Hefermehl, München 1971, S. 41 ff.; Mestmäcker, AcP 168 (1968) 255. Schon lange bevor das Kartellrecht geschaffen worden ist, wurden Fälle des Mißbrauchs wirtschaftlicher Macht anhand § 138 geprüft; vgl. dazu den instruktiven Fall, RGZ 134, 342 (Benrather Tankstellenfall).

⁶⁹ Ein deutlich gestörtes Äquivalenzverhältnis wird immer zu bejahen sein, wenn ein Verkäufer mit weit überhöhten Gewinnspannen arbeitet; dies ist entsprechend den unterschiedlichen Usancen der jeweiligen Branchen festzustellen; im Antiquitätenhandel oder in der Modebranche sind z.B. ein Gewinnaufschlag von 100% durchaus üblich, während dies etwa im Lebensmittelhandel keineswegs der Fall ist; zur Preiskalkulation des Handels s. Lehmann, M., Verkauf unter Einstandspreis und Lockvogelwerbung – Eine rechtsvergleichende Untersuchung, GRUR Int. 1977, 135.

⁷⁰ Motive II, 321: „Das Recht des Rücktritts vom Kaufvertrage aus dem Grund der sog. *laesio enormis* hat der ... Entwurf beseitigt.“

⁷¹ Hackl, BB 1977, 1415, meint allerdings, in besonders krassen Fällen könne der Inhalt eines Rechtsgeschäfts auch ohne Berücksichtigung anderer Umstände mit den guten Sitten unvereinbar sein; die von Hackl angegebenen Marge von 100% Gewinnaufschlag wird dafür jedoch nicht immer genügen, s. oben Fußn. 69, sowie unten Fußn. 78.

zialisierung eines bestimmten Lebensbereichs, gegeben sind. Unlauterer Wettbewerb, der zu inhaltlich neutralen rechtsgeschäftlichen Regelungen führt, bewirkt auf jeden Fall nicht automatisch, daß diese Folgeverträge gemäß § 138 als nichtig zu betrachten sind.⁷²

Aus diesen Überlegungen folgt, daß nur dann Rechtsverstöße nach dem UWG bei der Vertragsanbahnung zur Nichtigkeit der solchermaßen vorbereiteten Folgeverträge gemäß § 138 führen können, wenn neben den *wettbewerbsrechtlichen* Kriterien der Sittenwidrigkeit eigenständige *bürgerlich-rechtliche* Elemente der Sittenwidrigkeit, wie z. B. eine deutliche Äquivalenzstörung von Leistung und Gegenleistung, zusätzlich zu konstatieren sind.⁷³ Typischerweise kann dies im Fall der Ausnutzung von wirtschaftlichen oder intellektuellen Machtpositionen zur Beschränkung oder Aufhebung der ökonomischen Entscheidungsfreiheit eines umworbenen Abnehmers zu dem Zweck der Herbeiführung von inhaltlich deutlich unausgewogenen Regelungen eines Austauschverhältnisses gegeben sein. Des Vorliegens einer derartig sittenwidrigen inhaltlichen Komponente einer bürgerlich-rechtlichen Regelung neben sonstigen Umständen bedarf es jedoch gemäß § 138 Abs. 1, denn anders als bei § 826, der eine Schadensersatzpflicht an ein unsittliches rechtsgeschäftliches Handeln knüpft, geht es bei § 138 nicht nur um ein rechtsgeschäftliches Handeln als solches, sondern um ein Rechtsgeschäft als inhaltliche Regelung; dessen materieller Gehalt muß unter Berücksichtigung aller zu ihm gehörigen sonstigen Umstände als sittenwidrig erscheinen.⁷⁴

In vielen Fällen eines wettbewerbsrechtlichen Rechtsverstosses bei der Vertragsanbahnung fehlt es aber gerade an diesem zusätzlichen bürgerlich-rechtlichen Element der Sittenwidrigkeit, etwa der Verletzung des Grundsatzes der Wahrung einer zumindest relativen Austauschgerechtigkeit bei Schuldverhältnissen. In der Praxis des Verbraucheralldtags erweist sich, z. B. im Zusammenhang mit der Beurteilung des Verhaltens von aufdringlichen Vertretern bei Haustürgeschäften, häufig gerade diese Voraussetzung des § 138 Abs. 1 als die entscheidende Schwierigkeit für dessen Anwendung.

5.2.2. § 138 Abs. 2 BGB – Wucher

Gleiches gilt für den Wuchertatbestand des § 138 Abs. 2. Ein objektives und entscheidendes Merkmal⁷⁵ des Wuchergeschäftes ist eine *inhaltliche* Voraussetzung: ein auffälliges Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung bei einem synal-

⁷² Im Ergebnis ebenso Sack, Folgeverträge, S. 13.

⁷³ Vgl. dazu die Zusammenstellung bei MünchKommBGB/Mayer-Maly, § 138, Rdz. 22ff.

⁷⁴ Besonders deutlich Flume, S. 368, 549; Schricker, Gesetzesverletzung, S. 69f., 248: „Es geht nicht nur darum, Behelfe gegen Auswüchse des Wettbewerbskampfes zu gewähren, sondern schlechthin um die Entscheidung, ob die Rechtsordnung ein Geschäft gelten lassen, ihm Rechtswirkung verleihen will.“

⁷⁵ Larenz, AT, S. 396; Flume, S. 380; allgemein zur Unzulänglichkeit des Wucherverbots, s. Rühle, K., Das Wucherverbot – effektiver Schutz des Verbrauchers vor überhöhten Preisen, Berlin 1978, passim.

lagmatischen Vertrag. Von einem auffälligen Mißverhältnis kann nach herrschender Meinung jedoch nur ausgegangen werden, wenn das Mißverhältnis der auszutauschenden Leistungen so groß ist, daß die Grenze dessen eindeutig überschritten ist, was sich nach den gesamten Umständen gerade noch rechtfertigen läßt.⁷⁶

Als weitere Merkmale sind subjektive Voraussetzungen notwendig, die die Willensbildung des Bewucherten als fehlerhaft erscheinen lassen: die Ausbeutung einer Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Leichtsinns, des Mangels an Urteilsvermögen oder einer erheblichen Willensschwäche, im Sinne einer bewußten Ausnutzung durch den Wucherer.⁷⁷

Im Rahmen dieser subjektiven Voraussetzung des § 138 Abs. 2 BGB können auch Vertragsanbahnungsmaßnahmen Bedeutung erlangen, wenn z. B. aus ihnen zu entnehmen ist, daß der Handelnde versucht, den Leichtsinn oder die allgemeine geschäftliche Unerfahrenheit eines Abnehmers auszunutzen, um diesem einen absolut unvorteilhaften, dem Grundgedanken der zumindest relativen Austauschgerechtigkeit deutlich widersprechenden Geschäftsabschluß aufzudrängen.

In der Praxis erweist sich jedoch die objektive Voraussetzung des § 138 Abs. 2 BGB, das „auffallende Mißverhältnis“ von Leistung und Gegenleistung, als die entscheidende Schwierigkeit für die Anwendung des Wuchertatbestands. Nur in relativ seltenen Fällen, etwa beim Verkauf völlig wertloser magischer Amulette bzw. „heilender Wundersteine“ oder bei Gewinnspannen von über 1000% (Heizdecke, Einkaufswert DM 25, Verkauf auf Kaffeefahrten bis zu DM 260) ist das Vorliegen dieses Tatbestandsmerkmals bislang einmal bejaht worden.⁷⁸

In der großen Mehrzahl der für uns hier interessanten Fälle von unrichtigen Werbeangaben fehlt es jedoch regelmäßig gerade an diesem auffallenden Mißverhältnis von Leistung und Gegenleistung; die rechtswidrige Handlung, z. B. eine Preistäuschung, liegt ausschließlich im Bereich der Vertragsanbahnung. Typischer-

⁷⁶ Larenz, AT, S. 397; Staudinger/Coing, § 138, Rdz. 34; Enneccerus/Nipperdey, § 192, II, 1a, S. 1176; Erman/Westermann, § 138, Rdz. 64; Flume, S. 380.

Der Wuchertatbestand ist in das Gesetz erst durch die Reichstagskommission und nur zur „Klarstellung“ eingefügt worden, was sich auch aus der gesetzlichen Formulierung „insbesondere“ ergibt; s. Flume, S. 379; s. auch Rühle, K., Das Wucherverbot – effektiver Schutz des Verbrauchers vor überhöhten Preisen, S. 25 ff.

⁷⁷ Soergel/Hefermehl, § 138, Rdz. 68 ff.; Larenz, AT, S. 397; Staudinger/Coing, § 138, Rdz. 35; Flume, S. 381.

⁷⁸ Rühle, S. 41 ff., 103; Schwarzbuch über Kaffeefahrten, S. 3. Vgl. auch AG Trier 22. 7. 1971, NJW 1972, 162, das jedoch § 138 Abs. 2 BGB dahingestellt sein ließ und deswegen ein mögliches Mißverständnis von Leistung und Gegenleistung bedauerlicherweise nicht näher prüfte. Den Wuchertatbestand bejahte jedoch die Berufungsinstanz, vgl. LG Trier 9. 10. 1973, NJW 1974, 152, weil Gewinnspannen von 300% bzw. 155% vorlagen. Zu dem immer wieder neu auftretenden Erscheinungsbild des Mietwuchers s. Handelsblatt 24. 2. 1977, S. 1: „Mietwucher wurde selten“.

Vgl. in diesem Zusammenhang auch die neue Rechtsprechung zu dem Vorliegen von Wucherzinsen, OLG Stuttgart 24. 4. 1979, BB 1979, 1423; Bachmann, NJW 1979, 2082; Teilzahlungskredite mit einem Zins, der 100% über dem sonst üblichen Marktzins liegt, verstoßen gegen § 138; dieses Urteil ist noch nicht rechtskräftig.

weise werden daher z.B. die Fälle der unrichtigen Vertreterangaben über Kündigungsmöglichkeiten oder sonstige Vertragsbedingungen betreffend eine Buchclubmitgliedschaft nicht von § 138 Abs. 2 erfaßt, weil das konkrete Verhältnis von Leistung und Gegenleistung gerade nicht als ein auffälliges ökonomisches Mißverhältnis qualifiziert werden kann. Die Leistungen renommierter Buchclubs an ihre Mitglieder z.B. stehen üblicherweise ökonomisch nicht außer Verhältnis zu dem dafür zu entrichtenden Mitgliederbeiträgen. Ein möglicher Abnehmerschaden beschränkt sich daher nur auf den sog. Vertragsabschlußschaden; ein Differenzschaden tritt regelmäßig gar nicht oder in nur sehr geringem Ausmaß auf;⁷⁹ allein die Bindung an den Vertrag stellt die eigentliche Belastung dar. Dies ist aber kein Wuchergeschäft.

Der Versuch der Ausbeutung des Leichtsinns oder der allgemeinen geschäftlichen Unerfahrenheit allein reicht bürgerlich-rechtlich genauso wenig aus wie das alleinige Vorliegen eines auffälligen Mißverhältnisses von Leistung und Gegenleistung – man denke nur an eine gemischte Schenkung⁸⁰ –, um den Tatbestand des § 138 Abs. 2 BGB zu erfüllen. Die typischen Fälle des Verbraucheralltags, eines Geschäftsabschlusses infolge unrichtiger Angaben bei Vertragsanbahnung, insbesondere infolge irreführender Werbeangaben, können daher normalerweise von § 138 Abs. 2 BGB überhaupt nicht erfaßt werden.⁸¹ Aber auch ein undifferenzierter Rückgriff auf § 138 Abs. 1 ist in diesen Fällen nicht möglich.⁸² Irreführende Werbeangaben bei der Vertragsanbahnung können schon wegen § 123 nicht die Sittenwidrigkeit der durch sie beeinflusst abgeschlossenen Folgeverträge gemäß § 138 Abs. 1 begründen. Nur zusätzliche, für § 138 Abs. 1 verwertbare Elemente bürgerlich-rechtlicher Sittenwidrigkeit, etwa eine zu weitgehende Beschränkung der wirtschaftlichen Selbständigkeit, eine zu mißbilligende Kommerzialisierung bestimmter Lebensbereiche oder eine schwere Äquivalenzstörung, können die Nichtigkeit dieser Rechtsgeschäfte bewirken.

Zusammenfassend ist hier festzuhalten, daß § 138 Abs. 1 und 2 nur in besonders gravierenden Fällen bei Rechtsverstößen anlässlich der Vertragsanbahnung eingreifen können; als Rechtsfolge ergibt sich dann außerdem, genauso wie bei § 123, in ihrer Ausschließlichkeit eine nur sehr undifferenzierte Sanktion: die Nichtigkeit von bürgerlich-rechtlichen Verträgen.⁸³ Dies ist für eine problemadäquate Lösung der

⁷⁹ Vgl. diese Schadenskategorien oben I.4. Kapitel bei Fußn. 114f.

⁸⁰ Vgl. statt vieler Medicus, S. 162.

⁸¹ Sack, Folgeverträge, S. 13 ff. Das gleiche gilt auch für eine Analogie zu § 138 Abs. 2.

⁸² Mayer-Maly, Das Bewußtsein der Sittenwidrigkeit, S. 28 ff.; s. auch Fikentscher, W., Vertrag und wirtschaftliche Macht, in Festschrift für Hefermehl, Heidelberg 1971, S. 41 ff., 42.

⁸³ Vgl. in diesem Zusammenhang auch Wolf, M., Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit, S. 37: „Aber sittenwidriges Verhalten eines Vertragspartners gegenüber dem anderen darf auch im Zusammenhang mit den Vertragsverhandlungen keine rechtliche Anerkennung finden. Die Anwendung von § 138 Abs. 1 in dieser Funktion ist deshalb zu billigen. Der damit erreichte Schutz ist aber unzureichend und kann nur als letztes Mittel in Betracht kommen, wenn andere Möglichkeiten nicht bestehen.“ Deswegen kann auch eine vertiefte Beschäftigung mit der Dogmatik der §§ 134, 138 unterbleiben.

aktuellen rechtlichen Konflikte aus dem Bereich der Vertragsanbahnung nicht ausreichend; es fehlt ein weiterführendes Sanktionssystem.

Rechtspolitisch betrachtet darf der Schutz des wirtschaftlich Unterlegenen bei der Vertragsanbahnung nicht erst im Falle grob unbilliger vertraglicher Regelungen oder deutlich gestörter Äquivalenzverhältnisse einsetzen und dann dem Geschädigten nur die Freistellung von seinen Verpflichtungen ohne eine Möglichkeit der Beanspruchung von Schadensersatz gewähren. Aufgrund dieser prinzipiell sehr begrenzten Sanktionsseite des § 138 Abs. 1 und 2 lassen sich hier auch keine erweiterungsfähigen gesetzlichen Direktiven finden, die für eine angemessene Rechtsfortbildung richtungweisend sein könnten.⁸⁴ Im Gegenteil, häufig würde man dem Rechtsschutzsuchenden Steine statt Brot geben, wenn man die zwischen ihm und der Angebotsseite bestehenden rechtlichen Beziehungen unnuanciert einfach für nichtig erklären würde. Deshalb enthält § 138 ebensowenig wie § 134 ein erweiterungsfähiges Regelungskonzept zur Verbesserung der zivilrechtlichen Sanktionen für Verstöße bei der Vertragsanbahnung.

5.3. *Treu und Glauben, Wegfall der Geschäftsgrundlage* – § 242 BGB

Soweit ersichtlich, hat bislang nur eine einzige Entscheidung im Falle einer „Überredung“ zu einem Vertragsabschluß durch einen Vertreter ein Rücktrittsrecht vom Vertrag gemäß § 242 gewährt. In seiner Entscheidung vom 8. 1. 1969 führte das LG Oldenburg folgendes aus:

„Erfahrungsgemäß werden durch wortgewandte Vertreter einfache Leute, die dem Redeschwall nicht gewachsen sind, dadurch gegen ihren Willen, den sie meist nur undeutlich oder auch gar nicht zum Ausdruck bringen können, zum Abschluß eines solchen Vertrags gedrängt. Diese Verträge belasten sie aber in einem Ausmaß, das dem Einkommen der Betroffenen gar nicht entspricht. Bei ruhiger und längerer Überlegung wären diese Verträge meist nicht geschlossen worden, die Belastungen werden erst viel später – nach Unterschriftsleistung unter den Vertrag – erkannt. Im Normalfall können die Gerichte wegen des Grundsatzes, daß geschlossene Verträge zu erfüllen sind, dessen sorgfältige Beachtung die Rechtssicherheit fordert, nicht helfen. Dieser Grundsatz gilt aber nicht ausnahmslos. Er muß dort Durchbrechungen erfahren, wo die Sache nach Abwägung aller Umstände sie erfordert. Das ist hier der Fall. . . . Ein solches Vorgehen kann aber nicht hingenommen werden, es kann nur als unlauter

⁸⁴ Vor einem ähnlichen Problem ist man auch bei der Kontrolle von AGB anhand von §§ 138, 242 gestanden; v. Hippel, E., Verbraucherschutz, RabelsZ 40 (1976), 524ff.; auch dabei konnten sich diese Vorschriften nicht als ausreichend erweisen; unter anderem hat daher auch die mangelnde Ausbaufähigkeit der §§ 134, 138 zur Kontrolle der Privatautonomie zur Schaffung neuer gesetzlicher Schutzregelungen außerhalb der klassischen Kodifikation des BGB, insbesondere im Miet-, Arbeits- und AGB-Recht geführt, so daß deswegen heute schon von einer nur unzulänglich in das Privatrechtssystem integrierten „verbraucherrechtlichen Sondergesetzgebung“ gesprochen wird; s. Damm, R., Verbraucherrechtliche Sondergesetzgebung und Privatrechtssystem, JZ 1978, 173ff.; vgl. auch Tilmann, ZHR 142 (1978) 54f.; Westermann, AcP 178 (1978) 150ff.; Lieb, AcP 178 (1978) 196ff.; Mertens, AcP 178 (1978) 227ff.; Wolf, A., Weiterentwicklung und Überarbeitung des Schuldrechts, ZRP 1978, 250ff.

Zusammenfassend kommt auch Schumacher, S. 63, zum gleichen Ergebnis.

bezeichnet werden. Der Vertreter hatte deshalb am Tage nach Unterzeichnung des Vertrages die Pflicht, den Vertrag auf Vorstellung der Beklagten rückgängig zu machen.⁸⁵

Diese Ausführungen sind deutlich von der Diskussion um die Einführung eines Rücktrittsrechts in das Abzahlungsgesetz im Jahre 1969 geprägt.⁸⁶ Sie mögen zwar von einer rechtspolitisch zu begrüßenden Intension getragen sein, den mangelnden Rechtsschutz des unerfahrenen und ungeschickten Bürgers gegenüber raffinierten und schwer zu fassenden täuschenden Vertragsverhandlungen zu verbessern,⁸⁷ entbehren aber gleichwohl jeder dogmatischen Fundierung.

Gemäß § 242 kann man genauso wenig wie im Zusammenhang mit dem Rechtsinstitut des Wegfalls der Geschäftsgrundlage⁸⁸ zur Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts oder zur Gewährung eines Rücktrittsrechts vom Vertrag allein aufgrund der Tatsache kommen, daß dieser durch wettbewerbswidrige Methoden angebahnt worden ist. § 242 trifft in erster Linie eine Leistungsbestimmung, wie eine geschuldete Leistung vom Schuldner erbracht werden soll; nicht geregelt wird, wie es zur Begründung einer derartigen schuldrechtlichen Verpflichtung kommen kann oder darf. Nicht das Zustandekommen, sondern die Erfüllung von schuldrechtlichen Verpflichtungen wird unmittelbar entsprechend dem Wortlaut des § 242 von diesem erfaßt.⁸⁹

⁸⁵ MDR 1969, 392; s. auch Schade, S. 24 ff.

⁸⁶ Im Jahre 1969 konnte sich noch keine Mehrheit im Bundestag für die Einführung eines Rücktrittsrechts finden; deswegen wurde damals die Reform ohne dieses „Herzstück“ verabschiedet, s. BGBl. I, 1541 v. 4. 9. 1969; dies wurde aber durch das Gesetz vom 15. 5. 1974, BGBl. I, 1169, nachgeholt; gemäß § 1b AbzG kann ein Abzahlungskäufer binnen einer Wochenfrist nach Vertragsschluß einen Widerruf erklären. Gegenwärtig ist in der Diskussion, ob ein derartiges Widerrufsrecht für alle Geschäftsabschlüsse außerhalb eines stehenden Gewerbebetriebes geschaffen werden soll; s. BT-Drucks. 8/130 v. 24. 2. 1977, s. oben II.

⁸⁷ Nur diese Gesichtspunkte konnten auch von denjenigen herangezogen werden, die diese Entscheidung zustimmend anmerkten, s. Schuffenhauer sowie Mittelstein, R., Rücktrittsrecht des beim Hausbesuch überredeten Abzahlungskäufers, MDR 1970, 17 ff.; ablehnend Loebell, Rücktrittsrecht des beim Hausbesuch überredeten Abzahlungskäufers, MDR 1969, 726; sowie vor allem Sack, Folgeverträge, S. 22 ff.

⁸⁸ So aber Henrich, D., unbewußte Irreführung, AcP 1963, 88 ff., 94, 95: „Hält man sich an diese Formel, dann kann der ohne Arglist Getäuschte sich regelmäßig auf das Fehlen der Geschäftsgrundlage berufen.“ Im nachfolgenden vertritt jedoch auch Henrich die Meinung, daß unter Geschäftsgrundlage nur solche Vorstellungen anzusehen sind, die für die Willenserklärungen beider Vertragspartner bestimmt sind. Beim beiderseitigen Motivirrtum rekurriert aber auch die h.M. auf einen Wegfall der subjektiven Geschäftsgrundlage, s. Larenz, Geschäftsgrundlage, S. 20 ff.; ders., AT, S. 343 ff.; Palandt/Heinrichs, § 242, Anm. 6, C, d; kritisch Medicus, Rdz. 162. Ein derartiger Sachverhalt ist aber regelmäßig bei einer wettbewerbswidrigen Vertragsanbahnung nicht gegeben; der Verkäufer unterliegt üblicherweise nicht dem gleichen Motivirrtum wie der Käufer: Die Werbung versucht regelmäßig nur den Käufer, nicht aber den Verkäufer zu motivieren. Anders liegt der Fall, wenn z.B. eine Herstellerwerbung beim Käufer und Verkäufer einen Motivirrtum hervorruft. Bei Kaufgeschäften greifen hier aber die gesetzlichen Sonderregelungen gemäß §§ 459 ff. ein, s. Larenz, Geschäftsgrundlage, S. 22; Flume, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, in Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, S. 207 ff. Vgl. dazu auch Schumacher, S. 55 ff.

⁸⁹ So zutreffend Sack, Folgeverträge, S. 23.

Das LG Oldenburg wäre daher besser beraten gewesen, wenn es die „Rücktritts-erklärung“ des Abzahlungskäufers als eine Anfechtungserklärung gemäß § 123 oder auch gemäß § 119 Abs. 2 (Irrtum über die Eigenschaft der Sache, hier des Schreibmaschinenkurses) ausgelegt hätte, so daß deswegen der Geschäftsabschluß gemäß §§ 142, 139 nichtig gewesen wäre. Ohne § 242 bemühen zu müssen, wäre es damit rechtsdogmatisch vertretbar zu dem gleichen von ihm aus verbraucherpolitischen Erwägungen erwünschten rechtlichen Ergebnis gekommen.

6. Vertrag über den Erwerb von Grundstückseigentum – § 313 BGB

§ 313 BGB ist zwar nur eine Formvorschrift;¹ dennoch hat die gesetzliche Änderung² des § 313 Abs. 1 Satz 1 BGB im Jahre 1973 bestimmte Praktiken der Vertragsanbahnung auf dem Immobiliensektor ganz entscheidend beeinflusst. Mit Wirkung ab dem 1. 7. 1973 muß auch die Erwerbsverpflichtung, der „Kaufanwärttervertrag“,³ genauso wie der Vertrag, der eine Verpflichtung zur Veräußerung eines Grundstücks enthält, notariell beurkundet werden. Die Warn-, Beweis- und Beratungsfunktion der notariellen Beurkundung kommt daher nicht mehr nur wie früher ausschließlich dem verkaufswilligen Grundstückseigentümer, sondern auch dem kaufwilligen Erwerber von Immobilien zugute; auch er soll vor übereilten und unüberlegten Geschäftsabschlüssen geschützt werden.

Wirtschaftlicher Hintergrund dieser Gesetzesänderung ist eine tiefgreifende Marktstrukturveränderung gewesen. Auf dem Immobiliensektor war zumindest vorübergehend wegen des in den späten 60er Jahren beginnenden Baubooms aus einem Käufermarkt ein Verkäufermarkt geworden; die Nachfrage nach Immobilien, insbesondere nach Eigentumswohnungen, überstieg deutlich das Angebot. Aufgrund dieser Marktsituation entwickelten sich neue Finanzierungsmodelle für den Wohnungsbau.

Nur ein geringer Teil der zumeist neu entstandenen zahlreichen Wohnungsbauunternehmen und „Bauträger“ verfügte über eine genügend große Eigenkapitaldeckung, um selbst ein großes Gebäude mit zahlreichen Eigentumswohnungen „auf Vorrat“ erstellen zu können, um es erst nach seiner Fertigstellung, aufgeteilt in Eigentumswohnungen, zu verkaufen. Im Normalfall waren daher diese Unternehmen auf die meist nach Baufortschritt gestaffelt erfolgenden Ratenzahlungen der Käufer zur eigenen Finanzierung angewiesen. Außerdem wurde zur Kreditsiche-

¹ Vgl. Flume, S. 256ff.; Lehmann/Hübner, S. 221; Larenz, AT, S. 357; Lange/Köhler, S. 281f.; Palandt/Heinrichs, § 313, Anm. 1b; vgl. auch Motive I, 179f.

² Vgl. BGBl. I, S. 501 v. 5. 6. 1973. Neu eingefügt wurden nur die Worte: „oder zu erwerben“.

³ Vgl. Winkler, K., Die Formbedürftigkeit von Kaufanwärtterverträgen über Grundstücke und Eigentumswohnungen, NJW 1971, 401; vgl. auch Hepp, C., Verstärker Käuferschutz beim Grundstücksverkauf, ZRP 1970, 100; Schwark, E., § 313 BGB und der Schutz des Käufers, ZRP 1970, 37.

rung häufig auch noch eine Globalhypothek benötigt. Erst wenn für mindestens 50% des Wertes der künftigen Eigentumswohnungen verlässliche Interessenten vertraglich fest gebunden waren, konnte die Erstellung des Gebäudes mit einem wirtschaftlich einigermaßen tragbaren Risiko für den Unternehmer in Angriff genommen werden. Zum Zweck der rechtlichen Bindung von Kaufinteressenten wurde die sog. „Erwerbsverpflichtungserklärung“ oder „Kaufverpflichtungserklärung“ ins Leben gerufen. Diese stellte ein zeitlich unbefristetes Angebot des Käufers gemäß § 145 BGB bzw. einen nur einseitig verpflichtenden Vertrag (*pactum de emendo*) dar, für ein Objekt, dessen Erstellung und Kaufpreis zumeist noch nicht einmal endgültig feststand. Damit war zugleich für den Wohnungsbauunternehmer die Möglichkeit offen, entsprechend der inflationären Preisentwicklung auf dem Bauplatz seine Verkaufspreise zu erhöhen und das Risiko der Verzögerung der Herstellung von Bauwerken völlig auf die Erwerber abzuwälzen.⁴ Die Einhaltung dieser Erwerbsverpflichtungen war außerdem regelmäßig mit erheblichen Vertragsstrafen bzw. „Abstandszahlungen“ oder „Aufwandsentschädigungen“ bewehrt.⁵

Nach h. M. in Literatur und Rechtsprechung konnte der Käufer vor der Gesetzesänderung des § 313 BGB diese weitgehenden, von ihm oft in ihrer wirtschaftlichen Tragweite nicht näher zu übersehenden Verpflichtungen ohne den Schutz des § 313 BGB und die insbesondere aus § 17 Beurkundungsgesetz resultierende neutrale notarielle Belehrung und Beratung⁶ formfrei durch Abschluß eines Erwerbsverpflichtungsvertrages eingehen;⁷ dies, obwohl die Käufer häufig aus geschäftlich unerfahrenen Kreisen stammten und unter den damals gegebenen wirtschaftlichen Verhältnissen – vor allem wegen der wirtschaftlichen Machtstellung der großen Wohnungsbauunternehmen – von einer freien Vereinbarung der Vertragsbedingungen keine Rede sein konnte⁸ und diese Unternehmen außerdem häufig mit aggressiven Werbemethoden am Markt auftraten.⁹

Unter solchermaßen veränderten wirtschaftlichen Bedingungen waren es nicht

⁴ Vgl. Hepp, ZRP 1970, 100.

⁵ Schwark, ZRP 1970, 37; Winkler, NJW 1971, 402.

⁶ Vgl. § 17 Beurkundungsgesetz v. 28. 8. 1969, BGBl. I, S. 1513; sowie Keidel/Winkler, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 10. Aufl., § 17, Rdz. 12 ff.

⁷ Dagegen wendete sich zwar bereits unter der Geltung der alten Fassung des § 313 Winkler, NJW 1971, 400, sowie NJW 1971, 1166; vgl. auch Wolf, M., Käuferschutz durch notarielle Beurkundung von Grundstückskaufanwärtverträgen, JZ 1971, 80; Klingsporn, B., Zur Formbedürftigkeit einseitiger Grundstückserwerbsverpflichtungen, DB 1971, 369; OLG Stuttgart 22. 10. 1969, NJW 1970, 566; OLG Hamm 21. 12. 1970, DB 1971, 375.

A. A., so daß deswegen ein Eingreifen des Gesetzgebers notwendig wurde, jedoch BGH 22. 12. 1971, NJW 1972, 715: Ein Vertrag, in dem sich der eine Teil nicht zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstück, sondern nur der andere zum Erwerb verpflichtet, ist möglich; er bedarf nicht der notariellen Beurkundung. Vgl. auch Hepp, ZRP 1970, 100; Löwe, W., Verbesselter Käuferschutz beim Grundstückserwerb, NJW 1971, 729; ders., Mehr Schutz für den Grundstückskäufer, ZRP 1971, 73; Grundsky, W., Schutz des Käufers bei Grundstückskaufverträgen, JuS 1971, 177.

⁸ Winkler, NJW 1971, 402/403.

⁹ Schwark, ZRP 1970, 37.

mehr die Verkäufer von Immobilien, sondern die Käufer, die eines Übereilungsschutzes durch Formvorschriften bedurften. Verfolgten die Väter des Bürgerlichen Gesetzbuches mit der Vorschrift des § 313 BGB vor allem den Zweck, den „Güterschlächtern“ das Handwerk zu legen,¹⁰ war es erklärtes Ziel der auf eine Initiative des Bayerischen Ministerrats zurückgehenden Neufassung des § 313 BGB, den Grundstückskäufern mehr Schutz durch die Belehrung durch eine neutrale Amtsperson zukommen zu lassen:¹¹ „Diese Änderung hat zur Folge, daß die Interessenten vom Notar bei der Beurkundung über die rechtliche Tragweite des Geschäftes belehrt werden. Dabei hat der Notar darauf zu achten, daß unerfahrene und ungewandte Beteiligte nicht benachteiligt werden. Die Beurkundung erfüllt daher dieselbe Warn- und Schutzfunktion“ ... und „verhindert, daß Erwerbsinteressenten ohne ausreichende Überlegung privatschriftliche Erwerbsverpflichtungen eingehen, deren rechtliche Tragweite sie vielfach nicht beurteilen können. Zudem kann erwartet werden, daß die vorgeschlagene Erweiterung des Beurkundungszwangs dazu führen wird, daß die heute bei einseitigen – formlosen – Erwerbsverpflichtungen immer wieder anzutreffenden Bewerber benachteiligenden, bedenklichen oder gar unredlichen Vertragsklauseln in notariell beurkundeten Verträgen kaum noch Eingang finden dürften.“¹²

Mit dieser Gesetzesänderung wurde somit Überlegungen zur Schutzbedürftigkeit des Immobilienkäufers Rechnung getragen, die bereits kurz nach Schaffung des BGB, im Jahre 1906 auf dem 28. Deutschen Juristentag zum ersten Male erörtert wurden, damals aber mit dem Hinweis auf eine mögliche Entwicklung der Rechtsprechung des Reichsgerichts,¹³ nicht zu einem gesetzgeberischen Eingreifen geführt haben.¹⁴ Erst die marktsituationsbedingten Mißbräuche auf dem Immobiliensektor

¹⁰ Vgl. Hedemann, I., Beitrag zum Kampf gegen die Güterschlächter, Recht und Wirtschaft 1912, 165 ff.; Materialien I, 181; II, 189 ff.; Protokolle I, 460 ff.; vgl. aber auch Mugdan II, S. 1231: „Der wichtigste Zweck der Form, die minder geschäftsgewandte Bevölkerung vor übereilten Käufen und Verkäufen zu bewahren, wird erfahrungsgemäß durch das Erfordernis bloßer Schriftform nicht erreicht (Hervorhebung durch den Verfasser); vgl. auch Löwe, NJW 1971, 730.

¹¹ Vgl. BR-Drucks. 49/71; BT-Drucks. 7/63 sowie Löwe, ZRP 1971, 73.

¹² BT-Drucks. 7/63, S. 6.

In die gleiche Richtung zielten auch die Änderungen des Wohnungseigentumsgesetzes und des Maklerrechts; vgl. dazu Diester, H., Das heutige Raumeigentum. Ein kritischer Erfahrungsbericht, NJW 1970, 1107; ders., Zwanzig Jahre Wohnungseigentum, NJW 1971, 1153; Löwe, W., Gesetzliche Befristung der Bestellung des Verwalters einer Wohnungseigentümergeinschaft. Bayerische Initiative zur Änderung des Wohnungseigentumsgesetzes, ZRP 1972, 133; vgl. auch BR-Drucks. 578/71; BT-Drucks. VI/3205.

Zum Maklerrecht vgl. BT-Drucks. VI/2327; Löwe, W., Entwicklungstendenzen im Maklerrecht, ZRP 1971, 221; Brandt, ZRP 1978, 57 ff.; Becker, ZRP 1978, 284 ff.

¹³ Das Reichsgericht hat jedoch in ständiger Rechtsprechung die Grundstückserwerbsverpflichtung als ein nicht formbedürftiges Rechtsgeschäft betrachtet; vgl. RGZ 81, 134; 82, 302; 95, 101, 135; 110, 328; Staudinger/Coing, § 313, Anm. 11; kritisch dazu allerdings Hepp, ZRP 1970, 101; Winkler, NJW 1971, 400.

¹⁴ Vgl. BT-Drucks. 7/63, S. 5.

während des Baubooms Ende der 60er Jahre konnten den Gesetzgeber von der Notwendigkeit seines Tätigwerdens überzeugen.

Für den Bereich der Vertragsanbahnung auf dem Immobilienmarkt stellt diese Änderung der Formvorschrift des § 313 BGB eine geglückte Rechtsfortbildung und Verbesserung des Abnehmerschutzes dar. Klagen über unseriöse Geschäftspraktiken sind seitdem, wohl aber auch wegen der rezessiven Konjunkturschwankung und der Ölkrise, die den Bauboom zu Beginn der 70er Jahre stoppte, nicht mehr laut geworden.¹⁵ Das Erfordernis der notariellen Beurkundung bewirkte, daß die Erscheinung der „Kaufanwärtverträge“ bzw. der „Erwerbsverpflichtungserklärungen“ an wirtschaftlicher Bedeutung auch deswegen verlieren mußte, weil ähnlich wie durch das ABG-Gesetz die Möglichkeiten des Mißbrauchs eines grundsätzlich durch das Prinzip der Privatautonomie legitimierten „selbstgeschaffenen Rechts“ der Angebotsseite zu Lasten der Nachfrager wegen der notwendigen notariellen Mitwirkung und Kontrolle praktisch ausgeschlossen werden konnten. Diese Beschränkung der inhaltlichen Ausgestaltung von einseitigen Grundstückserwerbsverpflichtungen durch eine notarielle Kontrolle führte im Endergebnis dazu, daß diese Art der Verpflichtungserklärung, wohl aber auch zugleich aus Kostengründen, in der wirtschaftlichen Praxis seit der Änderung des § 313 BGB nicht mehr anzutreffen ist. Die Parteien beurkunden in der Regel heute zweckmäßiger- und kostengünstigerweise zumeist nur noch den Kauf und die Übereignung eines Grundstücks in einem einzigen Notartermin.¹⁶ Konsequenterweise sind auch alle Vertragsanbahnungsbemühungen der Angebotsseite, die früher darauf abzielten, einen Käufer möglichst rasch zur Abgabe einer rechtlich bindenden Erwerbsverpflichtung zu veranlassen, vom Markt verschwunden. Die Immobilienbranche hat es als zwecklos erkannt, den Versuch zu unternehmen, Kaufinteressenten möglichst rasch und ohne rechtliche Kontrolle eines neutralen Dritten zu unüberlegten Geschäftsabschlüssen zu bewegen, weil ohne notarielle Beurkundung jede Erklärung rechtlich unverbindlich und gemäß § 125 formnichtig bleibt.

Dies zeigt, daß auch Formvorschriften zumindest indirekt zur Regelung von Praktiken der Vertragsanbahnung geeignet sein können, und daß mit der gesetzlichen Änderung von nur wenigen Buchstaben des Bürgerlichen Rechts in der wirtschaftlichen Realität der Vertragsvorbereitung entscheidende Änderungen herbeigeführt werden können.¹⁷ Andererseits dürfen die Verhältnisse auf dem Immobilienmarkt mit den wirtschaftlichen Gegebenheiten der sonstigen Konsumgütermärkte

¹⁵ Auch die rechtstatsächlichen Untersuchungen des MPI wurden auf dem Immobiliensektor nur hinsichtlich von Preistäuschungen fündig, vgl. v. Falckenstein, I, S. 82, 108, 110, 167.

¹⁶ Diese Information verdanke ich insbesondere Herrn Notar Dr. K. Winkler, der sich mit diesem Problem, s. oben Fußn. 7ff., besonders beschäftigt hat. Diese Entwicklung hat der Gesetzgeber erwartet. Vgl. BT-Drucks. 7/63, S. 6.

¹⁷ Vgl. auch § 1a AbzG (Formvorschriften), s. oben II. 1; einen ähnlichen Weg versucht auch der Entwurf eines Gesetzes über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften zu gehen, indem er für die Belehrung über die Ausübung des Widerrufsrechts eine bestimmte Form vorschreibt; s. § 2 dieses Entwurfs, BT-Drucks. 8/130.

genauso wenig wie das Kaufrecht für Immobilien mit dem für bewegliche Sachen ohne eine nähere Differenzierung verglichen werden. Eine direkte Parallele zur Rechtsfortbildung des § 313 BGB wird sich daher für das Kaufrecht von beweglichen Sachen nicht ohne weiteres ziehen lassen.

Auf jeden Fall muß jedoch die Neufassung des § 313 BGB neben der Änderung der gewerberechtlichen Vorschriften für die Vermittlung von Grundstücken und Wohnräumen¹⁸ sowie dem Gesetz zur Regelung der Wohnungsvermittlung¹⁹ als einer der wichtigsten gesetzgeberischen Schritte zur Verbesserung des rechtlichen Schutzes der Nachfrager auf dem Immobilienmarkt gewürdigt werden.

7. Die Gewährleistung für Sachmängel – §§ 459 ff. BGB

7.1. Allgemeine Überlegungen

Bevor wir in eine ins einzelne gehende Überprüfung der Vorschriften der §§ 459 ff. eintreten, seien vorab einige grundsätzliche Überlegungen zu dem bürgerlich-rechtlichen Institut der Gewährleistung für Sachmängel angestellt, die das Verständnis für die später genauer zu untersuchenden Schwierigkeiten der Berücksichtigung von Werbeangaben im Rahmen der Haftung für Sachmängel erleichtern können.

Die Gewährleistungsvorschriften für Sachmängel sind das Herzstück der Regelung der rechtlichen Konflikte, die durch eine Abweichung der Ist-Beschaffenheit von der Soll-Beschaffenheit einer Kaufsache entstehen können. Obwohl Sachverhalte dieser Art in der Praxis bei wirtschaftlichen Transaktionsprozessen eine der häufigsten Ursachen für Meinungsverschiedenheiten und Divergenzen zwischen Käufer und Verkäufer bilden,¹ ist der für diese Konfliktregelung geschaffene Teil des Zivilrechts, die Haftung für Sachmängel, seit ihrer gesetzlichen Fixierung in vielen Einzelpunkten unklar geblieben und stellt in Rechtsprechung und Lehre eines der am stärksten umstrittenen Gebiete des BGB dar.²

¹⁸ Vgl. § 34 c der Gewerbeordnung sowie die Makler- und Bauträgerverordnung v. 11. 6. 1975, BGBl. I, S. 1351. Zur systematischen Einordnung im öffentlichen Recht vgl. zu Recht kritisch Hillermeier, BB 1976, 727.

¹⁹ WoVermittG v. 4. 11. 1971, BGBl. I, S. 1745, 1747.

¹ S. oben I.4; 75–80% aller vom MPI untersuchten Verbraucherreklamationen beziehen sich auf Gewährleistungsfälle. S. auch ZAW-service, Nr. 79, 1979, S. 14, von insgesamt 61 000 bayerischen Verbraucherreklamationen bei den Beratungsstellen im Jahr 1978 betrafen rd. 24 000 Mängel an Kaufgegenständen bzw. Kundendienstleistungen.

² Zum Meinungsstand s. statt vieler Medicus, Rdz. 317 ff.; Fikentscher, S. 375 ff.; seit Schollmeyer, G., Erfüllungspflicht und Gewährleistung, in Jherings Jahrbuch 49, 93 ff. im Jahre 1904, ist die wissenschaftliche Diskussion über die Einordnung und Auslegung der Gewährleistungsvorschriften nicht mehr zur Ruhe gekommen; s. neuerdings etwa Knöpfle, JZ 1978, 121 ff.; JZ 1979, 11 ff.; zur Risikoverteilung s. Koller, Risikozurechnung, S. 115 ff., 338 ff.

7.1.1. Die Abstimmung mit dem Recht der allgemeinen Leistungsstörungen

Ursprünglich sollte die Gewährsmängelhaftung gemäß §§ 381 ff. des ersten Entwurfs des BGB ein Teil des allgemeinen Schuldrechts sein;³ die Kommission beschloß dann aber, die Gewährleistung wegen „Mängel der veräußerten Sache“ zunächst nur für den Kauf zu regeln und dann zu prüfen, ob und inwieweit die für den Kauf gegebenen Rechtssätze auf andere entgeltliche Veräußerungsverträge auszu-dehnen seien.⁴

„Man war der Ansicht, daß zwar in systematischer Hinsicht der Standpunkt des Entw., der die Bestimmungen über die Gewährleistung unter die allgemeinen Vorschriften über die Verträge aufgenommen hat, den Vorzug vor dem Antrage verdiene, da die Frage der Eviktion nicht nur beim Kaufe, sondern auch bei anderen Rechtsverhältnissen vorkomme, daß indessen die Anschaulichkeit, die Verständlichkeit und die praktische Handhabung des Gesetzes gewinnen werde, wenn man die Rechtssätze vorerst auf den Kauf beschränke, auf dessen Gebiete die Hauptanwendungsfälle liegen.“⁵

Hier liegt ein erster Grund für die Schwierigkeiten der rechtssystematischen Einordnung und Abstimmung des speziellen Gewährleistungsrechts beim Kauf mit der allgemeinen Regelung der Leistungsstörungen des BGB: Ein ursprünglich für den allgemeinen Teil des Schuldrechts konzipiertes Institut wurde ohne prinzipielle Modifizierung im Kaufrecht im besonderen Teil des Schuldrechts angesiedelt.⁶ Eine harmonische Eingliederung in das Recht der allgemeinen Leistungsstörungen und Abstimmung zur Anfechtung konnte bis heute noch nicht erarbeitet werden, ganz zu schweigen von einer Abstimmung mit der erst nachträglich von Lehre und Rechtsprechung entwickelten Haftung für die Verletzung von vertraglichen bzw. quasi-vertraglichen Sorgfaltspflichten, etwa aus positiver Forderungsverletzung der aus vorvertraglichem Verschulden; auch die schwierigen Probleme der rechtlichen Regelung von Mangelfolgeschäden und ihrer Abgrenzung von Mangelschäden sind nicht bewältigt.

7.1.2. Das Regelungsmodell und seine Herkunft aus dem römischen Recht

Bekanntlich gehen die Gewährleistungsvorschriften des BGB, zumindest was die Sanktionsseite angeht, inhaltlich in den wesentlichen Zügen auf römisches Recht zurück: „Die Verpflichtung zur Gewährleistung wegen physischer Fehler (Mängel) der veräußerten Sache ist von dem Entwurf im Anschluß an das gemeine (römische) Recht geregelt ...“⁷ Schon im römischen Recht wuchs aber die Gewächtschaft des

³ Motive II, 224 ff.; vgl. auch S. 212 unter Hinweis auf Windscheid.

⁴ Protokolle, I, 670. Hier wird zur Begründung auf die Regelung der Rechtsmängelhaftung zurückverwiesen.

⁵ Protokolle, I, 653.

⁶ Daraus kann aber zu Recht die Spezialität dieses Normenkomplexes abgeleitet werden, wie sie von der h. M. vertreten wird; Larenz, Schuldrecht, BT, S. 58 ff.; Fikentscher, S. 397 ff.; Medicus, Rdz. 342 ff.; Palandt/Putzo, Vorbemerkung § 459, Anm. 2.

⁷ Motive II, 224, vgl. auch S. 212; Rabel, II, S. 101 ff.

Verkäufers für Sachmängel aus mehreren Wurzeln, es stand klassisches Recht (*actio empti*) neben einem erst später speziell geschaffenen Sonderrecht für Käufe von Sklaven und Zugtieren auf dem Markt (*actio redhibitoria* und *actio quanti minoris*).⁸ Bereits aus dieser Zeit sind Probleme der Unterscheidung zwischen unverbindlichen werbemäßigen Anpreisungen (*nuda laus*) und rechtsverbindlichen Beschaffenheitsangaben und Zusicherungen (*dicta* bzw. *promissa*) bekannt.⁹

Das dem römischen Recht entlehnte Sanktionsmodell der bürgerlich-rechtlichen Haftung für Gewährleistung im Regelfall, die Wahlmöglichkeit des Käufers zwischen Wandlung und Minderung, wurde ursprünglich von den kurulischen Ädilen in ihrer Eigenschaft als kleiner Marktgerichtsbarkeit zum Schutze des Käufers entwickelt und hatte daher auch als rechtstatsächlichen Ausgangspunkt das Geschehen auf einem römischen Markt vor Augen. Dementsprechend geht diese Regelung von dem Typus eines Kaufs nach Besichtigung und Prüfung der Kaufsache durch den Käufer aus; der Modellfall des Kaufs war der Kauf auf einem Marktplatz nach Besichtigung.¹⁰

Der Käufer hatte so grundsätzlich die Gelegenheit, seine Interessen angemessen zu wahren. Die uns diesbezüglich überlieferten Rechtssprichwörter „Augen auf, Kauf ist Kauf“, „Wer die Augen nicht auf tut, tue den Beutel auf“, „Caveat emptor“ bezeugen anschaulich, daß ebenso wie im germanischen Recht auch nach Auffassung des römischen Rechts die Sache als so gekauft galt, wie sie stand und lag (*tale quale*).¹¹ Nur für versteckte Mängel, die der Käufer nicht erkennen konnte (vgl. § 460 BGB), traf den Verkäufer eine Anzeigepflicht und für derartige nicht offenkundige Fehler konnte der Käufer eine Gewährübernahme durch Vertrag (*Stipulatio*) verlangen.¹² Wich die verkaufte Sache ganz erheblich von den Vorstellungen des Käufers ab, galt das Geschäft als nichtig (*nulla emptio*), weil ein „error in substantia“, wegen eines Verkaufes „aliud pro alio“ vorlag.¹³ Diese wenigen Hin-

⁸ Kaser, M., *Römisches Privatrecht*, S. 160; Flume, *Eigenschaftsirrhum und Kauf*, S. 57 ff. Diese ädilische Haftung wurde erst von Justinian in nachklassischer Zeit auf alle Sachkäufe ausgedehnt; nach klassischem römischem Zivilrecht gab es eine Haftung für Arglist und aus Garantievertrag sowie nach den marktpolizeilichen Vorschriften der ädilischen Edikte für bestimmte Fehler beim Kauf, und eine Haftung für *dicta* und *promissa*; eine Sachmängelhaftung unmittelbar aufgrund des Kaufvertrages fehlte. Flume folgert daraus, daß der Kaufvertrag sich als Vertragstypus, wie er vom klassischen römischen Recht aufgefaßt wurde, nicht auf die Beschaffenheit des Kaufgegenstandes, sondern nur auf die Verschaffung von Sachbesitz bezog. Seidl, E., *Römisches Privatrecht*, Köln 1963, S. 201, 202, äußert deswegen kritisch: „Gerade die Verquickung mit der polizeilich erdachten ädilischen Klage hat aber die dogmatische Durchdringung des Sachmängelgewährrechts gehemmt.“

⁹ Pecher, P., *Eigenschaftserwartungen und Erwerbszwecke des Käufers. Über die Möglichkeit einer Typenbildung im Kaufrecht*, Habilitation, München 1977, S. 25; Kaser, S. 160.

¹⁰ Seidl, Rdz. 546, 549.

¹¹ Rabel, II, S. 102.

¹² Kaser, S. 161. Ein ähnlicher Ansatz findet sich in § 459 Abs. 2, wobei immer wieder von der Rechtsprechung und Literatur darauf hingewiesen wird, daß in Zweifelsfällen es ja dem Käufer offenstehe, sich eine Zusicherung vom Verkäufer über die Beschaffenheit einer Sache geben zu lassen; vgl. statt vieler RGZ 97, 351; Knöpfle, JZ 1978, 124.

¹³ Seidl, Rdz. 549; Pecher, S. 47 ff.

weise auf das römische Recht genügen schon, um zu zeigen, daß viele bis heute immer noch nicht befriedigend geklärten Probleme der Sachmängelhaftung selbst, sowie deren Abstimmung mit anderen Rechtsinstituten, etwa der Anfechtung und der Haftung wegen Nichterfüllung historischen Ursprung haben.¹⁴

7.1.3. Sachsubstanz und Sachfunktionen

Dies gilt nicht nur für bestimmte dogmatische Einzelfragen der Gewährleistung, sondern auch für das Problem des Wesens und der Funktion der Haftung aus Gewährleistung. Hier stoßen wir auf die bis heute stark umstrittene Frage, ob und inwieweit beim Kauf einer Sache Beschaffenheitsangaben nur zu deren Identifizierung oder als Beschreibung einer bestimmten vertragsgemäßen Leistung – als Verkauf einer Sache mit bestimmten Eigenschaften – dienen. Auch diese Frage rührt aus römisch-rechtlicher Zeit.¹⁵ Im klassischen römischen Recht bezog sich der Kaufvertrag als Vertragstypus, was den Bereich der Sachmängel anbetrifft, nicht auf die Beschaffenheit des Kaufgegenstandes; erst als später die Sachmängelhaftung in den Kauf mit einbezogen und eine Haftung des Verkäufers unmittelbar aufgrund des Abschlusses eines Kaufvertrages angenommen wurde, wurde der „Kaufvertrag“ zu einer Vereinbarung der Leistung einer Kaufsache in einem sachlich mangelfreien Zustand.¹⁶

Bis heute ist aber vehement umstritten geblieben, ob der Käufer beim Spezieskauf einen Kaufvertrag über eine Sache als solche oder unter Vereinbarung von bestimmten Eigenschaften abschließt.¹⁷ Inwieweit wird beim Kauf eines „goldenen Rings“ *nur dieser* Ring (Eigenschaftsangabe „golden“ dient nur zur Individualisierung) oder dieser Ring als *goldener* (Eigenschaftsangabe „goldener“ dient zur Leistungsbeschreibung) verkauft?¹⁸ Unter dem Einfluß der gemeinrechtlichen Doktrin

¹⁴ Zwar soll damit nicht einer Auslegung der bestehenden Gewährleistungsvorschriften anhand römischer Rechtsquellen das Wort geredet werden, s. Herberger, S. 16, aber häufig läßt sich durch ein Quellenstudium das Verständnis für das Wesen eines Rechtsinstituts ganz entscheidend erleichtern, Rabel, II, S. 132; Flume, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, S. 204f.

¹⁵ Umfassend dazu Herberger, K., Rechtsnatur, Aufgabe und Funktion der Sachmängelhaftung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, S. 32ff., 56ff.; Flume, Eigenschaftsirrtum, S. 59; ders., Rechtsgeschäft und Privatautonomie, S. 204f.

¹⁶ Flume, Eigenschaftsirrtum, S. 59.

¹⁷ S. statt vieler die Stellungnahme Herbergers, S. 56f., zu der herrschenden Meinung.

¹⁸ Beispiel nach Schmidt-Rimpler, AcP 147, 192; vgl. auch Flume, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, S. 204; kompliziert wird dieses Problem auch noch durch das Verhältnis von §§ 459 zu § 119 und zur Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage; s. Schmidt-Rimpler, Eigenschaftsirrtum und Erklärungsirrtum, in Festschrift für H. Lehmann, S. 213ff.; Larenz, AT, S. 332f.; ders., Geschäftsgrundlage, S. 20ff.; Fikentscher, S. 383: „Jemand deutet auf einen bestimmten Ring, den er kaufen will, und sagt: ‚Ich will diesen goldenen Ring.‘ Der Ring ist nur vergoldet. Wille und Erklärung divergieren, § 119 I ist anzuwenden. In Fällen dieser Art ist die Erklärung widersprüchlich und daher auslegungsbedürftig. Da sich der Geschäftspartner nach § 157 regelmäßig auf den objektiven (verkehrsfreundlichen) Gehalt der Erklärung verlassen darf, verdient der Erklärungsteil ‚dieser Ring‘ (usw.) den Vorzug. Dann liegt ein

und der Lehren Zitelmanns über den Eigenschaftsirrtum¹⁹ wird im Bürgerlichen Recht von der wohl immer noch herrschenden Meinung der Standpunkt vertreten, daß beim Spezieskauf Gegenstand des rechtsgeschäftlichen Willens nur die Verschaffung einer *bestimmten individuellen Kaufsache*, nicht aber die Verschaffung einer Sache mit bestimmten Eigenschaften sei; argumentiert wird dabei, das „Sein“ einer Sache könne nicht gewollt sein.²⁰ Damit zusammenhängend ist äußerst strittig, ob die Besitzverschaffung einer fehlerhaften Kaufsache die Erfüllung eines Kaufvertrages nach dem BGB darstellt oder nicht; nach h.M. hat der Verkäufer einer individuellen bestimmten Sache seine in den §§ 433, 434 erwähnten Leistungspflichten erfüllt, haftet aber gemäß § 459 ff., wenn er eine Sache mit verborgenen Fehlern oder ohne die vertraglich zugesicherten Eigenschaften geliefert hat.²¹

Inhaltsirrtum vor. Legt man den Ton aufgrund der Auslegung im Einzelfall auf ‚goldenen‘, so führt dies, wenn der Partner ‚diesen‘ Ring meint, zum Dissens. Wenn auch er einen goldenen Ring meint, zum Sachmangel“. S. dazu auch Larenz, AT, S. 333; ders., Schuldrecht, BT, S. 59.

An solchen Beispielen, die keineswegs an den Haaren herbeigezogen sind, zeigt sich, in welche gekünstelte rechtliche Differenzierungen ein einfaches Kaufgeschäft sich pressen lassen muß; dem Laien muß dies unverständlich bleiben, eine Parallelwertung in der Laiensphäre ist hier kaum möglich. In Zweifelsfällen geht eine derartige Rechtsunsicherheit aber immer zu Lasten des Käufers; er kann sich etwaiger Rechte aus Schlechtlieferung nie ganz sicher sein. Auf ihn wird die schwierige Prüfung und Risikotragung abgewälzt, ob er nun Anfechtung, Gewährleistungsansprüche oder die Nichtigkeit eines Vertrages geltend machen soll. Mit derartigen rechtlichen Subtilitäten, über die sich die gelehrte Fachwelt seit mehreren Jahrhunderten streitet, sollten aber die Massengeschäfte des Verbraucheralltags heute nicht mehr belastet sein.

¹⁹ Der Wille des Käufers erstrecke sich beim Spezieskauf einer Sache nicht auf deren Eigenschaften, sondern nur auf „diese“ Sache, so wie sie ihm gegenüberstehe, Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäfte, Leipzig 1879, S. 435 ff.; Larenz, Schuldrecht, BT, S. 59; s. dazu Pecher, S. 16: „Hier wirkt vor allem das Zerstörungswerk der Willenstheorie nach.“

²⁰ Vgl. die Darstellungen dieser Auffassungen bei Herberger, S. 30 ff., 56; s. auch Fikentscher, S. 382 ff.; Larenz, Schuldrecht, BT, S. 33 ff., S. 59: „Zu leisten hat der Verkäufer (Spezieskauf) die Sache nur so, wie sie nun einmal tatsächlich ist“; Pecher, S. 16 ff.; Medicus, Rdz. 334: „Hier steht die Sachidentität im Vordergrund; die Eigenschaften sind nur das Beiwerk.“

Herberger vertritt aber zu Recht die Auffassung, Gegenstand eines rechtsgeschäftlichen Willens sei niemals allein „diese eine konkretisierte Materie“, die Kaufsache, sondern die Materie mit einer Summe von Eigenschaften, die je nachdem mit einem weiten oder engen Begriff (Lebewesen-Turnierpferd) bezeichnet werden kann; Herberger meint, damit sei der Weg frei für ein neues Verständnis der Gewährleistung; s. auch ders., a. a. O., S. 224: „Nach mehr als 2000jähriger Geschichte hat damit die ‚echte‘ Gewährleistung des römischen Rechts ein Ende gefunden.“

Offen und auslegungsbedürftig bleibt aber auch nach dieser Auffassung, welche Eigenschaften einer Kaufsache Vertragsinhalt geworden sind; s. dazu Larenz, Schuldrecht, BT, S. 35: „Je nach Auskunft, die der Verkäufer gibt, gibt er diesen Ring als goldenen, diesen Stein als echten Saphir, diese Tasche als rindslederne. Ist der Ring nicht aus Gold ..., so ist die Sache mangelhaft ...“

²¹ Larenz, Schuldrecht, BT, S. 33; Fikentscher, S. 376; Medicus, Rdz. 318 ff., 334; Palandt/Putzo, Vorbemerkung § 459, Anm. 2 a; Staudinger/Honsell, Vorbemerkung § 459, Rdz. 13, 18; vgl. auch die Darstellung des Meinungsstands bei Herberger, S. 46 ff.; Staudinger/Honsell, Vorbemerkung § 459, Rdz. 7.

Bei der Diskussion um die Bestimmung des Fehlerbegriffs²² spielt in diesem Zusammenhang weiterhin eine entscheidende Rolle, ob und inwieweit die Parteien außerhalb von § 459 Abs. 2 (Zusicherung einer Eigenschaft) Vereinbarungen über die Beschaffenheit, Gebrauchstauglichkeit bzw. Eigenschaften einer Kaufsache treffen können. Beim Speziaukauf müssen nach h.M. die Parteivereinbarungen keine Abreden über die Eigenschaften einer Kaufsache enthalten; es genügt eine Vereinbarung über die Verschaffung einer bestimmten Sachsubstanz „dieses“ speziellen Kaufgegenstandes. Gleichwohl ist zur Fehlerbestimmung nach dem heute herrschenden subjektiven Fehlerbegriff eine Festlegung der Soll-Beschaffenheit des Kaufgegenstandes anhand der Parteiabsprachen notwendig, denn nur so läßt sich überprüfen „als was“ eine Sache verkauft worden ist.²³ Vielfach läßt sich aber eine Gebrauchsvereinbarung von einer Eigenschaftsvereinbarung nicht in überzeugender Weise trennen.

7.1.4. Stückkauf – Gattungskauf: Primat des Stückkaufs

Für den Gattungskauf stellt demgegenüber eine fehlerhafte Lieferung aus der vereinbarten Gattung keine Erfüllung dar, denn hier wirken die zwischen den Parteien anlässlich der Bestimmung der Warengattung getroffenen Eigenschaftsvereinbarungen schuldbestimmend.²⁴ Beim Gattungskauf gibt es nicht eine bestimmte „verkaufte Sache“, sondern nur eine Beschaffungsschuld des Verkäufers betreffend Waren mittlerer Art und Güte aus einer bestimmten Gattung.²⁵

Die Haftung für Gewährleistung differiert somit ganz erheblich je nachdem, ob ein Spezia- oder Gattungskauf vorliegt.²⁶ Die Lieferung einer fehlerhaften Sache gilt beim Speziaukauf als Erfüllung, beim Gattungskauf dagegen nicht. Gleichwohl wird von der h.M. auch zur Bestimmung eines „fehlerhaften“ Gattungskaufs mit einer modifizierten subjektiven Fehlertheorie gearbeitet, die aus dem Fehlerbegriff des Stückkaufs entwickelt worden ist.²⁷ Dies wohl vor allem deshalb, weil der

Die Gegenansicht vertritt, daß die Gewährleistungshaftung als Folge der Nichterfüllung der Leistungspflichten des Verkäufers eintrete, Herberger, S. 88 ff.; Erman/Weitnauer, vor § 459, Rdz. 5; RGRK, § 459, Rdz. 2.

²² Vgl. die Zusammenstellung des Meinungsstands bei Medicus, Rdz. 323 ff.; Fikentscher, S. 380 ff.

²³ S. dazu das berühmte Bücherkistenbeispiel von Larenz, Schuldrecht, BT, 10. Aufl., 1972, S. 33 f., 34: „Dabei kommt es wesentlich darauf an, ‚als was‘ die Sache verkauft worden ist.“ Kritisch dazu Herberger, S. 54 ff.

²⁴ Herrschende Meinung, Larenz, Schuldrecht, BT, S. 66; Fikentscher, S. 377; Medicus, Rdz. 335 ff.; Esser/Weyers, S. 56; Palandt/Putzo, § 480, Anm. 2. Vgl. auch die Darstellung des Meinungsstands bei Herberger, S. 95.

²⁵ Zum Fehlerbegriff beim Gattungskauf s. Medicus, Rdz. 335; kritisch Knöpfle, R., Subjektiver Fehlerbegriff und Gleichbehandlung von Schlechtlieferung und Falschlieferung beim Gattungskauf, JZ 1979, 11 ff.

²⁶ Larenz, Schuldrecht, BT, S. 65: „Die Rechtslage ist hier grundsätzlich anders als beim Stückkauf.“

²⁷ Statt vieler Medicus, Rdz. 335; kritisch Knöpfle, JZ 1979, 11 ff.

Stückkauf nach dem systematischen Aufbau des BGB als der Modellfall des Kaufgeschäfts hingestellt wird.²⁸

In einer modernen Industriegesellschaft ist aber gerade das Gegenteil der Fall. Bei allen Käufen nach Mustern, Ausstellungsstücken, Katalogen und sonstigen werblichen Beschreibungen, beim Kauf aus industriell gefertigten Serien und von Markenartikeln, d. h. bei der Mehrzahl aller gegenwärtig getätigten Kaufgeschäfte, liegt ein Gattungskauf vor.

Mit Pecher²⁹ kann man die Vernachlässigung des Gattungskaufs vor allem darauf zurückführen, daß die Rechtslehre zur Zeit der Schaffung des BGB allgemein davon ausging, daß ein Gattungskauf üblicherweise sich spätestens im Zeitpunkt der Lieferung durch Konkretisierung in einen Stückkauf umwandeln und sich somit in das gewohnte Regelungsschema des Gewährleistungsrechts einfügen. Vor diesem Hintergrund läßt sich auch die strittige Feststellung besser verstehen, daß § 480 BGB nur die Frage entscheide, ob der Gattungskäufer neben dem Anspruch auf Ersatzlieferung auch die ädilizischen Rechtsbehelfe geltend machen könne.³⁰ Nach herrschender Meinung ist jedoch eine Konkretisierung gemäß § 243 Abs. 2 BGB nur dann möglich, wenn der Schuldner eine mangelfreie Sache liefert: „Wer jedoch eine mangelhafte Gattungssache liefert, hat, auch wenn er dem Käufer die Sache aushändigt, noch nicht alles Erforderliche getan. Dadurch tritt die Konkretisierung noch nicht ein.“³¹ Der Verkäufer hat noch nicht ordnungsmäßig erfüllt, dem Käufer steht immer noch sein ursprünglicher Erfüllungsanspruch zu; nach herrschender Auffassung will dies auch § 480 BGB zum Ausdruck bringen, wenn er dem Käufer einen „Nachlieferungsanspruch“³² neben dem Recht auf Wandelung und Minderung zuspricht, obwohl im einzelnen umstritten ist, ob es sich dabei um den „ursprünglichen“ Erfüllungsanspruch oder um einen „Erfüllungsanspruch in einem anderen Gewande handelt“.

Diese zweitrangige Einstufung des Gattungskaufs im BGB erschwert die Konzentration des Blicks auf das Wesentliche. Der Gattungskauf wird ganz in den Schatten des Stückkaufs gerückt und gerät damit in der rechtswissenschaftlichen Praxis und Lehre zu sehr ins Hintertreffen. Eine seiner heutigen wirtschaftlichen Bedeutung angemessene rechtliche Behandlung, z. B. ein Bemühen um die Schaffung eines für

²⁸ Esser/Weyers, Schuldrecht, Bd. II, BT, Teilband 1, 5. Aufl., S. 55: „Mit solchem Gesetzesaufbau stellt das BGB die systematischen Verhältnisse auf den Kopf.“ Rabel, II, S. 103: „Vor allem aber müssen wir beachten, daß die ganze Doktrin des Kaufs – im Gegensatz zur Stipulation – in Rom am Kauf bestimmter Sachen entstand und wahrscheinlich auf ihn beschränkt blieb und daß – verblüffenderweise – alle älteren und die meisten gegenwärtigen Zivilgesetzbücher die gleiche Orientierung aufweisen. Leider gilt dasselbe von fast allen gelehrten Versuchen, des Problems der Gewährleistung Herr zu werden. Das ist die stärkste unter den retardierenden Kräften auf diesem Gebiet.“

²⁹ Pecher, S. 99.

³⁰ S. statt vieler Soergel/Siebert, § 480, Rdz. 1; Fikentscher, S. 396.

³¹ Fikentscher, S. 396; Herberger, S. 141; Staudinger/Honsell, § 480, Rdz. 6; RGRK, § 480, Rdz. 1, 3.

³² Vgl. Esser/Weyers, S. 55; Fikentscher, S. 396; Larenz, Schuldrecht, BT, S. 63.

den Gattungskauf speziell geeigneten und vom Stückkauf losgelösten Fehlerbegriffs, kann nicht festgestellt werden.³³ Demgegenüber sind die Streitfragen beim Stückkauf ein ausgesprochen beliebtes juristisches „Exerzierfeld“, dessen praktische Bedeutung häufig jedoch nur gering ist.³⁴

Gerade weil eine fehlerhafte Lieferung beim Gattungskauf noch keine Erfüllung darstellt und daher dem Abnehmer einen Nachlieferungsanspruch eröffnet und außerdem die Bestimmung der Gattung eines Kaufgegenstandes ohne Berücksichtigung der zwischen den Parteien gewechselten vertragsanbahnenden Erklärungen häufig nicht möglich ist, könnte die Erarbeitung eines spezifischen Fehlerbegriffs für den Gattungskauf die Rechtsposition der Abnehmer entscheidend verbessern. Beim Stückkauf mag es noch in gewissen Fällen berechtigt sein, daß im Vordergrund der Leistungspflicht des Verkäufers die Verschaffung des Besitzes und des Eigentums einer vor Augen des Käufers greifbar naheliegenden Sache steht. Nur hier kann u. U. das römisch-rechtliche Prinzip des „caveat emptor“ in einigen Fällen auch heute noch akzeptabel erscheinen. Beim Gattungskauf technisch komplizierter, vom Käufer nicht überprüfbarer Geräte, etwa eines Pkw oder eines Fernsehgerätes, steht demgegenüber nicht mehr die Verschaffung eines konkreten Sachbesitzes, sondern einer Sache mit bestimmten Sachfunktionseigenschaften und Wirkungen im Mittelpunkt. Die überwiegende juristische Beschäftigung mit dem Stückkauf hat aber eine Weiterentwicklung des Gewährleistungsrechtes zur Berücksichtigung dieser aktuellen Probleme bislang verhindert.

Das Grundmodell des Kaufs ist seit der Schaffung der ädilizischen Rechtsbehelfe im römischen Recht prinzipiell das gleiche geblieben.³⁵ Auch das gesetzliche Modell des Kaufs im BGB ist im wesentlichen einem wirtschaftlichen Denken in agrarischen oder handwerklich gefertigten Produkten verhaftet geblieben. Die Waren werden angeboten und verkauft, wie sie gewachsen oder entstanden sind. Der Kauf als Rechtsgeschäft hat typischerweise nur die Funktion der Vermittlung von uneingeschränkter Sachherrschaft. Als Normalfall eines Kaufgeschäfts gilt der Spezieskauf über eine individuell bestimmte Sache. Den Verkäufer trifft dabei die Pflicht, dem Käufer Eigentum sowie ungestörten Sachbesitz an der Kaufsache zu verschaffen.³⁶ Wirtschaftlich betrachtet geht es im wesentlichen um die Allokation einer Sachsubstanz; die Sachfunktionen haben nur sekundäre Bedeutung; in erster Linie soll eine elementare Knappheitssituation beseitigt werden. „Die Sachfunktionen haben an dem Tatbestand des rechtlich zu schützenden Interesses nur insoweit teil, wie dem Gegenstand des Geschäftes als ‚Sache‘ (§ 459 BGB) verborgene (§ 460 BGB) Mängel oder Fehler anhaften oder der Verkäufer besondere Eigenschaften oder Vorzüge zugesichert hat . . . Damit ist das Fazit einer Rechtsentwicklung gezogen, nach der ein Kauf typischerweise das Ergebnis einer geschäftlichen Entschei-

³³ Vgl. statt vieler als Beispiel die Kommentierung des § 480 BGB bei Palandt/Putzo; einen Ansatz s. dazu bei Knöpfle, JZ 1979, S. 11 ff.

³⁴ Esser/Weyers, S. 35. Vgl. dazu z. B. auch Knöpfle, JZ 1978, 121.

³⁵ Pecher, S. 2; s. auch Kreuzer, S. LXII ff.

³⁶ Pecher, S. 2.

derung des Erwerbers mit den Augen ist. Als Gegenstand des Kaufvertrages bietet sich ‚die Sache‘ so dar, wie sie gegenwärtig beschaffen ist. Der Kaufinteressent kann das Warenangebot besehen oder die Sache nehmen, wie sie ist, oder den Erwerb ausschlagen.³⁷

Entscheidend ist dabei eine weitgehende Verlagerung des wirtschaftlichen Risikos, ob eine Sache zu bestimmten Zwecken zu gebrauchen ist oder einen spezifischen Bedarf befriedigen kann, auf den Käufer. Für Angaben zur Beschaffenheit oder Funktion einer Kaufsache hat der Verkäufer nur insoweit einzustehen, als eine individuelle Sachbeschreibung ein besonderes, rechtlich geschütztes Vertrauen des Abnehmers bewirkt hat. „Neben dem Tatbestand verbindlicher kaufgeschäftlicher Verständigung verbleibt deshalb noch ein breiter Raum für allgemeine Anpreisungen der Ware und unverbindliches Gerede, das den Käufer nicht davon entbindet, sich nach der unmittelbaren Anschauung und nach seinen Kenntnissen von Sachen dieser Art eigenverantwortlich zu entscheiden. Wer sich der Befriedigung seiner besonderen wirtschaftlichen Interessen versichern will, muß sich anderer Geschäftsformen bedienen, die ihm, wie etwa Dienst- und Werkvertrag, personelle Leistung für individuelle Bedürfnisse garantieren und nicht nur ‚Sachen‘, wie sie nun einmal sind, zu eigen verschaffen.“³⁸

In einer modernen, industriellen Gesellschaft steht aber systemnotwendigerweise beim Kauf nicht mehr nur die Verschaffung einer *Sachsubstanz* allein, sondern diejenige von bestimmten *Sachfunktionen* an erster Stelle; es gilt heute nicht mehr, nur elementarste Knappheitssituationen zu beseitigen, sondern es sollen immer spezifischere Bedarfe gedeckt werden.³⁹ Der Gebrauchszweck und die Eignung zur Befriedigung bestimmter Bedürfnisse, die sich gerade nicht nur auf die Innehabung der Sachherrschaft über einen konkreten Gegenstand beziehen, ist gegenwärtig überwiegend das primär kaufentscheidende Kriterium. Als augenfälliges Beispiel kann hier der Kauf eines Medikamentes dienen, dem durch die Werbung gewisse medizinische Wirkungen zugesprochen werden.

Die Sachfunktionen werden daher vorzugsweise von der modernen Wirtschaftswerbung, etwa im Rahmen des Produktmarketing der Markenartikelindustrie, angesprochen und besonders herausgestellt.⁴⁰ Derartigen ökonomischen Vertragsanbahnungsaktivitäten nicht die genügende rechtliche Berücksichtigung im Kaufrecht zu gewähren, bedeutet vor allem beim Gattungskauf, das zur Zusammenführung von

³⁷ Pecher, S. 2, 3.

³⁸ Pecher, S. 4; Pecher bringt dazu folgendes besonders pointierte Beispiel: Passen die in einem Geschäft erworbenen Schuhe nicht recht, so liegt das nicht an den verkauften Schuhen, sondern an der unrichtigen geschäftlichen Entscheidung des Erwerbers sowie an dessen Füßen; er hätte sich ja auch beim Schuster Maßschuhe anfertigen lassen können.

³⁹ Zur Ausdifferenzierung des Bedarfs s. die umfassende Zusammenstellung der verschiedenen wissenschaftlichen Darstellungen des ökonomischen „Bedürfnisses“ bei Lederer/Mackensen, Gesellschaftliche Bedürfnislagen. Möglichkeiten und Grenzen ihrer wissenschaftlichen Bestimmung, S. 18f., S. Iff. sowie Tietz, Handwörterbuch der Absatzwirtschaft, S. 313, „Bedarf, Bedarfsforschung“; Leitherer, E., Betriebliche Marktlehre, Teil I, S. 116f., 132.

⁴⁰ S. oben I.2.

Angebot und Nachfrage am Markt eigentlich Entscheidende unberücksichtigt zu lassen.

Der Prozeß des Zustandekommens eines Gattungskaufs in einer modernen Wirtschaftslandschaft wurde von der Privatrechtswissenschaft bislang nicht ausreichend beachtet und untersucht; die notwendige Aktualisierung unseres Gewährleistungsrechts ist unterblieben. Bezeichnenderweise war bei der Schaffung des BGB aus dem Bereich des Kaufrechts allein die Viehmängelhaftung⁴¹ Gegenstand einer umfassenderen rechtstatsächlichen Untersuchung und ist es, soweit ersichtlich, auch bis heute geblieben.

7.1.5. Die Unterscheidung Gattungskauf – Stückkauf

Die Unterscheidung eines Gattungskaufs vom Stückkauf ist in der Praxis im Einzelfall häufig von rein zufallsbedingten Faktoren abhängig, so daß schon deshalb die systematische Zerteilung der Haftung für Sachmängel kritisiert werden muß.

Bei einer genaueren Betrachtung der Grundsatzentscheidung des BGB, daß beim Stückkauf eine gemäß § 459 Abs. 1 BGB mangelhafte Leistung – die andererseits aber auch keine aliud-Lieferung ist –, Vertragserfüllung darstellt und daher regelmäßig nur zu den Ansprüchen aus § 462 BGB, Wandelung und Minderung, führen kann, während beim Gattungskauf gemäß § 480 BGB ein Nachlieferungsanspruch wegen „Nichterfüllung“ besteht, zeigt sich ein gravierender Systemfehler des bürgerlichen Gewährleistungsrechts, so wie dieses heute nach der herrschenden Meinung von Literatur und Rechtsprechung zur Anwendung kommt. Die Sachmängelansprüche beim Spezieskauf greifen gemäß § 462 BGB ein, wenn die konkret geschuldete Sache geleistet wurde, sie jedoch nicht die vereinbarten Beschaffenheiten und Eigenschaften aufweist; der Nachlieferungsanspruch gemäß § 480 BGB kommt demgegenüber zum Zuge, weil überhaupt noch keine Sache geleistet wurde, die der vertraglich geschuldeten entspricht. Dieser ganz erhebliche Unterschied in den Rechtsfolgen knüpft in seinen Voraussetzungen an die Unterscheidung der Stückschuld von der Gattungsschuld an; diese hängt aber häufig von rein zufälligen faktischen Gegebenheiten und Marginalien der Anbahnung und Abwicklung eines Kaufgeschäftes ab. Dementsprechend stellt sich die einschneidende Differenzierung in den rechtlichen Konsequenzen als eine letztlich mehr oder weniger zufallsbedingte, sachlich nicht ausreichend fundierte dar. Ein Gattungskauf liegt z. B. nach allgemeiner Auffassung vor,⁴² wenn ein Kunde durch Angaben der Wirtschaftswerbung

⁴¹ Gutachten zum BGB, Bd. II, S. 149 ff.

⁴² Besonders anschaulich Fikentscher, S. 128; Esser/Schmidt, Bd. I, S. 126; zur Abgrenzung vom Stückkauf s. auch Larenz, Schuldrecht, BT, S. 59: „Kauft jemand einen bestimmten Ring ‚als goldenen‘, so wird er zwar sagen, er habe nicht erhalten, was ihm gebühre, wenn der Ring nicht aus Gold ist. Es muß aber beachtet werden, daß er ja nicht einen goldenen Ring schlechthin gekauft hat (das wäre ein Gattungskauf), sondern diesen individuell bestimmten Ring, den er ausgesucht hat, wenn auch in der vom Verkäufer bestätigten Annahme, daß er golden sei. Er kann daher nicht einen anderen Ring verlangen, der die Eigenschaft hat, aus Gold zu sein, sondern nur eben diesen Ring ... Vergewärtigt man sich diese Regelung, so muß man m. E.

– zumeist in Form der Sprungwerbung durch den Hersteller – veranlaßt, ein Einzelhandelsgeschäft betritt und das Produkt X einer bestimmten Marke, Typ Y, verlangt und der Händler ihm dieses Gerät „aus seinem Lager“ verkauft; ein Stückkauf ist demgegenüber gegeben, wenn der Händler dem Kunden ein in seinen Geschäftsräumen ausgestellttes Gerät verkauft, auf das der Kunde zeigt, mit dem Wunsch, dieses Gerät erwerben zu wollen. In beiden Fällen wollte der Kunde jedesmal jedoch nur ein bestimmtes Gerät der Marke X, Typ Y.⁴³

Der Grundgedanke des Stückkaufs, der Käufer könne die Ware prüfend in Augenschein nehmen und sich daher persönlich von deren Güte überzeugen – deswegen ist auch gemäß § 460 BGB die Haftung für offensichtliche Mängel ausgeschlossen –, ist für beide Fallgestaltungen bei den meisten Austauschgeschäften, die heute in einer modernen Industriegesellschaft abgewickelt werden, illusorisch. Weder in dem einen noch im anderen Fall wird mangels genauer fachlicher Kenntnisse der durchschnittliche Käufer eine kompetente Gütekontrolle selbst durchführen können. Häufig kann dies nicht einmal der Händler, der den Verkauf abwickelt.

Die rechtliche Unterscheidung in Stück- und Gattungskauf mit den an sie anknüpfenden erheblich unterschiedlichen Konsequenzen im Gewährleistungsrecht mag für den Sklavenkauf auf einem römischen Marktplatz, anhand dessen die ädilitischen Rechtsbehelfe, die „*actio redhibitoria*“ (Wandlungsklage) und die „*actio quanti minoris*“ (Minderungsklage) entwickelt wurden, seine Berechtigung gehabt haben. Für die heutzutage üblichen Massengeschäfte des Alltags fehlt ein stichhaltiger Rechtsgrund, um eine derartige Differenzierung überzeugend legitimieren zu können. Die mehr oder weniger zufällig unterschiedlichen tatsächlichen Gegebenheiten der Anbahnung und des Abschlusses von Kaufverträgen sollten nicht entscheidungserheblich sein, will man nicht Gefahr laufen, daß der Eintritt der unterschiedlichen Rechtsfolgen des § 462 und des § 480 BGB letztlich als willkürlich erscheint.

7.1.6. Die Abdingbarkeit von Gewährleistungsansprüchen

Die vorstehend geübte Kritik ist noch zu akzentuieren, wenn man bedenkt, daß heute im Wirtschaftsverkehr bei gebrauchten Sachen regelmäßig ein vollständiger Haftungsausschluß der Gewährleistung und bei fabriktneuen Waren eine Beschränkung auf Nachbesserung, sowie im Falle ihres Fehlschlagens auf Wandelung stattfindet und generell für zulässig erachtet wird.⁴⁴ Nach den Vorschriften des BGB kann gemäß § 476 lediglich die Haftung für das arglistige Vorspiegeln einer Eigen-

zu dem Schluß kommen, daß beim Spezieskauf die Verschaffung der Sache ‚in der gesollten Beschaffenheit‘ nicht Inhalt der ... primären Leistungspflicht ist. Zu leisten hat der Verkäufer die Sache nur so, wie sie nun einmal tatsächlich ist.“ S. Kritisch dazu oben 7.1.3.

⁴³ Esser/Schmidt, Teilband 1, S. 126.

⁴⁴ Vgl. statt vieler Esser/Weyers, S. 83 ff.; Fikentscher, S. 388 ff.; Palandt/Putzo, Vorbemerkung vor § 459, Anm. 4; Staudinger/Honsell, Vorbemerkung § 459, Rdz. 45; RGRK, § 476, Rdz. 1 ff.

schaft oder Verschweigen eines Mangels im Sinne des § 463 nicht abbedungen werden. Außerdem ist zu erwähnen, daß im Fall der Abgabe einer wirksamen Zusicherung gemäß § 459 Abs. 2 die Berufung auf den Ausschluß jeglicher Gewährleistung als ein arglistiges Verhalten betrachtet wird und daher unwirksam ist.⁴⁵

Nach den Vorschriften des AGB-Gesetzes kann gemäß § 11 Nr. 10b im Geltungsbereich dieses Gesetzes die Gewährleistung bei Verträgen über neu hergestellte Sachen und Leistungen auf Nachbesserung, hilfsweise Minderung oder Wandelung beschränkt werden; die gleiche Auffassung hatte die Rechtsprechung auch schon vor dem Inkrafttreten des AGBG vertreten.⁴⁶

Trotz dieser Einschränkungen der grundsätzlichen Möglichkeit des Ausschlusses jeglicher Gewährleistung bildet aber wirtschaftlich betrachtet im Ergebnis heute das Sachmängelrecht des BGB für die meisten Kaufgeschäfte nur noch einen sehr fernen gesetzlichen Hintergrund. Dies geht ausschließlich zu Lasten des Käufers. Uneingeschränkt zulässig ist nämlich der Ausschluß des Schadensersatzes nach §§ 480 Abs. 2 und 463, des Nachlieferungsanspruchs nach § 480 Abs. 1 sowie – mit Ausnahme gemäß § 276 Abs. 2 für vorsätzliches Handeln – sämtlicher Schadensersatzansprüche aus anderen rechtsgeschäftlichen Haftungsgrundlagen, etwa aus positiver Forderungsverletzung.⁴⁷ Dem Käufer wird somit regelmäßig nur der Anspruch auf Nachbesserung oder Nachlieferung einer mangelfreien Sache belassen, wobei ihm zur Geltendmachung dieser Rechte auch noch kürzere als die gesetzlichen Fristen gesetzt werden können; ein derartiger vollständiger Ersatz der gesetzlichen Ansprüche aus Gewährleistung durch ein Nachbesserungsrecht des Käufers wird von der Rechtsprechung immer noch grundsätzlich für zulässig erachtet.⁴⁸

Mit dem wirksamen Ausschluß der Haftung für Gewährleistung bleibt außerdem regelmäßig auch die Anfechtung wegen Irrtums gemäß § 119 BGB ausgeschlossen, die durch die Sonderregelung der §§ 459 BGB verdrängt wird.⁴⁹ Der Käufer wird somit in wesentlichen Punkten praktisch rechtlos gestellt, weil die vom BGB typischerweise vorgesehenen Sanktionen einer Schlechtlieferung durch andere, für den Käufer ökonomisch wesentlich ungünstigere „Rechte“ ersetzt werden.⁵⁰

⁴⁵ Vgl. BGHZ 50, 200 (Klebemittel); sowie für den Bereich der AGBG § 11, Nr. 11 AGB-Gesetz. Vgl. auch BGH 10. 10. 1977, NJW 1978, 261; 25. 6. 1975, NJW 1975, 1693.

⁴⁶ Vgl. insbesondere BGHZ 22, 90 (99); Larenz, Schuldrecht, BT, S. 41.

⁴⁷ Vgl. Esser/Weyers, S. 84.

⁴⁸ Vgl. BGHZ 22, 90; 62, 323. Für allgemeine Geschäftsbedingungen gelten nur zum Teil strengere Vorschriften. Vgl. insbesondere § 11 Nr. 10a–f, 11 AGB-Gesetz; zur Auslegung von Haftungsfreizeichnungsklauseln in ABG s. BGH 7. 2. 1979, BB 1979, 698 ff. Eine vollständige Freizeichnung beim Verkauf gebrauchter Waren verstößt nicht gegen § 9 AGBG, s. BGH 11. 6. 1979, AZ: VIII ZR 224/78, Handelsblatt 12. 7. 1979, S. 5; DB 1979, 1799.

⁴⁹ Vgl. Palandt/Putzo, Vorbemerkung vor § 459, Anm. 2e; Staudinger/Honsell, Vorbemerkung § 459, Rdz. 23; s. oben III. 4.4.; BGH 26. 10. 1978, NJW 1979, 160 (161); 19. 12. 1966, BB 1967, 96; a. A. OLG Karlsruhe, JZ 1971, 295. Dies gilt auch für die Rechtsgrundsätze über die Folgen des Fehlens der Geschäftsgrundlage, s. OLG Hamm 15. 1. 1979, JZ 1979, 266, mit Anm. von Liebs, JZ 1979, 441 (ein völlig betriebsunfähiger Pkw wurde unter Ausschluß von Gewährleistungsansprüchen für DM 7000 verkauft).

⁵⁰ Vgl. dazu auch die grundsätzliche Kritik an dieser Rechtssituation bei Esser/Weyers,

7.1.7. Gewährleistung und Ansprüche aus vorvertraglichem Verschulden (c. i. c.)

Diese Gravamina des Gewährleistungsrechtes wögen weniger schwer, wenn neben den §§ 459ff. das ungeschriebene Rechtsinstitut der Haftung für vorvertragliches Verschulden als Haftungsgrundlage für vertragsanbahnende Aktivitäten und Erklärungen zur Anwendung kommen könnte. Dies hat der BGH aber gerade abgelehnt.⁵¹ Damit wurde ähnlich wie bei § 823 Abs. 2 in Verbindung mit Vorschriften des UWG⁵² durch die Rechtsprechung ein möglicher Ansatzpunkt für eine Erklärungshaftung sowie für eine flexible zivilrechtliche Regelung des Bereichs der Vertragsanbahnung zunichte gemacht. Der BGH führte zur Begründung dieser seiner Meinung aus:⁵³

„Die §§ 459ff. BGB enthalten eine ins einzelne gehende Regelung für den Fall, daß die Kaufsache bestimmte für den Käufer wichtige Eigenschaften nicht besitzt. § 463 Satz 2 BGB regelt einen Tatbestand des Verschuldens vor oder bei Vertragsschluß durch Nichtangabe oder Angabe von Sacheigenschaften; die Vorschrift knüpft Rechtsfolgen aber nur an eine Arglist des Verkäufers. Die §§ 462, 467 BGB sehen eine Rückabwicklung des Kaufvertrages mit Rücksicht auf bestimmte Eigenschaften der Kaufsache vor und schließen eine Haftung des Verkäufers für die Vertragskosten des Käufers und eine Verzinsung des entrichteten Kaufpreises ein. Die Wandlungsvorschriften bestimmen aber die Voraussetzungen der Rückabwicklung anders und deren Umfang enger, als dies für eine Verschuldenshaftung auf den Vertrauensschaden in Betracht käme. Fahrlässigkeit des Verkäufers bei der Unterrichtung des Käufers über die Eigenschaften der Kaufsache führt als solche nach diesen Bestimmungen, auch wenn sie den Kaufentschluß mitverursacht hat, weder zur Rückabwicklung des Vertrages noch zu einer Schadensersatzhaftung auf das Erfüllungs- oder auf das Vertrauensinteresse. Es kann nicht angenommen werden, der Gesetzgeber habe außer Betracht gelassen, daß auch Fahrlässigkeit des Verkäufers in diesem Punkte zu einem für den Käufer unerwünschten Verträge führen kann, oder er habe es der Rechtsprechung überlassen wollen, neben der gesetzlichen Verkäuferhaftung für Gebrauchstauglichkeit und zugesicherte Eigenschaften aus allgemeinen Grundsätzen eine Haftung für fahrlässige Angabe oder Nichtangabe von Mängeln oder sonstigen Eigenschaften der Kaufsache zu entwickeln ...

Die besondere Regelung der §§ 459ff. BGB bringt die Interessen des Verkäufers an einer sicheren und schnellen Abwicklung des Kaufs und die des Käufers am Erwerb einer seinen Vorstellungen entsprechenden Kaufsache zum Ausgleich. Dabei räumt sie dem Käufer eine günstige Stellung ein, wenn sie den Verkäufer für Brauchbarkeit der Sache und zugesicherte Eigenschaften auch ohne Verschulden haften läßt (§§ 462, 463, S. 1 BGB). Andererseits schließt sie Schadensersatz wegen fahrlässiger Angabe von Eigenschaften, die nicht zum Gegenstande einer Zusicherung gemacht werden, und wegen fahrlässiger Nichtangabe von Sach-

S. 83ff.; Liebs, JZ 1979, 441. Die Beschränkung auf eine Nachbesserungs-, hilfsweise Wandlungsrecht ist bei einer ökonomischen Analyse dieses Sanktionsmodells ein Verfahren, das „social costs“ einzig und allein dem Käufer auferlegt, obwohl ihm in keinerlei Hinsicht eine Sorgfaltspflichtverletzung zum Vorwurf gemacht werden kann. S. umfassend dazu unten 8.

⁵¹ BGHZ 60, 319ff.; BGH 19. 3. 1976, WM 1976, 791; vgl. auch Palandt/Putzo, Vorbemerkung vor § 459, Anm. 2c; RGRK, § 459, Rdz. 3; Soergel/Siebert, vor § 459, Rdz. 32; Medicus, D., Grenzen der Haftung für culpa in contrahendo, JuS 1965, 209; Fikentscher, S. 400; Brox, Besonderes Schuldrecht, Rdz. 101, Allgemeines Schuldrecht, Rdz. 59; differenzierend Staudinger/Honsell, Vorbemerkung vor § 459, Rdz. 33ff.

⁵² S. oben II.3.

⁵³ BGHZ 60, 321.

eigenschaften, die nicht den gewöhnlichen oder vertraglich vorausgesetzten Gebrauch beeinträchtigen, den Käufer aber aus anderen Gründen vom Kaufe abhalten könnten, aus.“

Die entgegenstehende Auffassung im Schrifttum, daß Ansprüche aus vorvertraglichem Verschulden auch neben Gewährleistungsansprüchen stehen können, wird vom BGH praktisch ohne Begründung abgelehnt:

„Der Bundesgerichtshof hat die Frage wiederholt offengelassen oder nur beiläufig behandelt (Zusammenstellung in BGH NJW 1970, 653, 655). Der erkennende Senat teilt die Auffassung des Reichsgerichts. Die im Schrifttum dagegen erhobenen Einwendungen (vgl. Enneccerus/Lehmann, Schuldrecht, 15. Aufl., S. 453; Larenz, Schuldrecht, 10. Aufl., Bd. 2, S. 62; Diederichsen, BB 1965, 401) überzeugen ihn nicht.“⁵⁴

Trotz dieser im Schrifttum weitverbreiteten Meinung,⁵⁵ den § 463 BGB nicht als eine abschließende Spezialregelung im Kaufrecht zu betrachten mit der Konsequenz, daß auch für fahrlässiges Verhalten des Verkäufers ein Schadensersatzanspruch aus vorvertraglichem Verschulden anerkannt werden kann,⁵⁶ geht man in der Praxis davon aus, daß wegen der klaren Rechtsprechung des BGH eine Haftung für fahrlässige Falschangaben bezüglich der Beschaffenheit eines Kaufgegenstandes aus dem Gesichtspunkt der Haftung für vorvertragliches Verschulden im Kaufrecht vor Gericht bislang typischerweise noch nicht durchsetzbar ist.

Weil die Haftung aus vorvertraglichem Verschulden aber nur dann durch die Gewährleistungshaftung gemäß §§ 459 ff. von der höchstrichterlichen Rechtsprechung als ausgeschlossen betrachtet wird, wenn sie tatbestandlich mit diesen Vorschriften konkurriert,⁵⁷ kann sich in Einzelfällen das kuriose Resultat ergeben, daß der Käufer bessergestellt wird, wenn das Fehlen eines kaufentscheidenden Gesichtspunktes – etwa die falsche Angabe eines Geschäftsumsatzes eines Unternehmens – nicht vom Fehlerbegriff des § 459 erfaßt wird, so daß die ursprünglich zum Käuferschutz geschaffenen Gewährleistungsvorschriften nicht eingreifen und daher

⁵⁴ BGHZ 60, 321.

⁵⁵ Vgl. insbesondere Diederichsen, D., Das Zusammentreffen von Ansprüchen aus Verschulden beim Vertragsschluß und Sachmängelgewährleistung, BB 1965, 401; ihm folgend Hans. OLG Hamburg, MDR 1973, 496; Enneccerus/Lehmann, S. 453; Schaumburg, H., Haftung des Verkäufers für fahrlässige Falschangaben beim Kaufabschluß? Zum „inneren“ System der §§ 459 ff. BGB, MDR 1975, 105 ff.; dieselbe, Sachmängelgewährleistung und vorvertragliches Verschulden – § 463 BGB und culpa in contrahendo –, Dissertation, Köln 1974, S. 83 ff.; Littbarski, S., Das Verhältnis der Ansprüche aus culpa in contrahendo zu den Ansprüchen aus den §§ 633 ff. BGB, JZ 1978, 3 ff.; ders., Verhältnis der Gewährleistungsansprüche zu den Ansprüchen aus culpa in contrahendo. Geklärt aufgrund gefestigter Rechtsprechung des BGH?, BB 1977, 1322 ff.; Honsell, H., Culpa in contrahendo, positive Vertragsverletzung und § 463 BGB, JR 1976, 361 ff.; Georgiadis, Anspruchskonkurrenzen, S. 208 ff.; Sack, Folgeverträge, S. 28; Larenz, Schuldrecht, BT, S. 64 f.; Esser/Weyers, S. 77, 79 f.; Staudinger/Honsell, Vorbemerkung § 459, Rdz. 33 ff.; Herberger, S. 136 ff.

A. A. insbesondere Medicus, JuS 1965, 209; Fikentscher, S. 400; Brox, Besonderes Schuldrecht, Rdz. 101, s. oben, Fußn. 51.

⁵⁶ Zu welch treffenden Lösungen dies im konkreten Fall führen kann, vgl. Hans. OLG Hamburg, MDR 1973, 496.

⁵⁷ Fikentscher, S. 400.

eine Haftung aus vorvertraglichem Verschulden bejaht werden kann.⁵⁸ Eine enge Fehlerdefinition erweist sich nicht, wie man denken sollte, für den Verkäufer, sondern für den Käufer günstig: Sie eröffnet der Haftung aus vorvertraglichem Verschulden zugunsten des Käufers einen weiteren Spielraum.⁵⁹

Angesichts solcher Ungereimtheiten ist nur allzu leicht verständlich, daß sich die Rechtsprechung – offensichtlich aus Billigkeitserwägungen – in manchen Fällen mit umständlichen Hilfskonstruktionen, etwa mit der Annahme eines bei Vertragsanbahnung des Kaufvertrags gesondert abgeschlossenen Beratungs- oder Aufklärungsvertrags, behilft⁶⁰ oder den Anwendungsbereich der exklusiven kaufrechtlichen Bestimmung des BGB dadurch beschränkt, daß sie das Vorliegen eines typengemischten Vertrags annimmt. Hatte der BGH in seiner Entscheidung vom 14. März 1973⁶¹ die Lieferung eines Druckwerkes, dessen Inhalt unter anderem eine Anleitung für Bürgermeister zur formgerechten Beurkundung von Nottestamenten betraf, noch ausschließlich unter kaufrechtlichen Gesichtspunkten gewürdigt, entschied er jüngst, daß die Lieferung eines Börsendienstes an Abonnenten einen gemischten Vertrag besonderer Art (Typenkombinationsvertrag) darstelle, der auch die schuldrechtliche Verpflichtung zu einer ordnungsgemäßen entgeltlichen Beratung enthalte.⁶² Mangels Gewährleistungsvorschriften für typengemischte Verträge ist in diesen Fällen der „Käufer“ besser geschützt als beim Abschluß eines reinen Kaufvertrags; die Verletzung vertraglicher Sorgfaltspflichten führt regelmäßig zu einem Schadensersatzanspruch, während dies im Kaufrecht nur unter ganz bestimmten engen Voraussetzungen gemäß § 463 der Fall ist.⁶³

⁵⁸ Vgl. den anschaulichen Fall, BGH 12. 11. 1969, NJW 1970, 653. Bei Verwendung eines weiten subjektiven Fehlerbegriffs sind allerdings kaufentscheidende Umstände, deren Fehlen nicht zugleich auch einen Sachmangel i. S. des § 459 darstellen kann, nicht besonders häufig anzutreffen.

⁵⁹ Dies ist ein paradoxes Ergebnis: Je enger die gesetzliche, ursprünglich zum Käuferschutz bestimmte Gewährleistungshaftung ist, je schlechter sie also funktioniert, desto besser wird im Endeffekt heute der Abnehmer gestellt, weil das subsidiäre, zur Lückenfüllung geschaffene Institut der c. i. c. eingreifen kann; gleiches gilt auch für die Verletzung einer Aufklärungspflicht durch Unterlassen über Umstände, die nicht Eigenschaften der Kaufsache sind; hier wird der Käufer, weil er einen Anspruch aus c. i. c. erhält, bessergestellt als in dem Fall, da der Verkäufer durch positives Tun einen Irrtum über kaufentscheidende Eigenschaften der Kaufsache bewirkt hat; s. Staudinger/Honsell, Vorbemerkung § 459, Rdz. 35: „Ein Unterschied zwischen fahrlässigen Falschangaben und fahrlässig unterlassener Aufklärung ... sollte nicht gemacht werden; denn der Vorwurf ist in beiden Fällen der gleiche ...“

⁶⁰ BGH 31. 1. 1962, NJW 1962, 1196; LG Frankfurt, BB 1970, 943; OLG Stuttgart, MDR 1971, 216; s. ausführlich dazu Staudinger/Honsell, Vorbemerkung § 459, Rdz. 36; s. auch BGH 26. 10. 1978, NJW 1979, 161 (Irrtum über das Alter eines Gebrauchtwagens); zum stillschweigenden Abschluß eines Beratungsvertrags s. auch BGH 22. 3. 1979, NJW 1979, 1449.

⁶¹ NJW 1973, 843 (844); vgl. dazu Röhl, K., Fehler in Druckwerken, JZ 1979, 369 ff. (370).

⁶² BGH 8. 2. 1978 – Abonnentenberatung, GRUR 1978, 380. In dieser Entscheidung wurde unter besonders eingehender Würdigung der rechtlichen Relevanz von Werbeangaben die Verletzung einer entgeltlichen Beratungspflicht bejaht, die einen Schadensersatzanspruch begründete.

⁶³ Einzelheiten dazu s. unten 7.2.

Im Regelfall führt jedoch bei kaufrechtlich relevanten Austauschvorgängen der Ausschluß der c.i.c. neben Gewährleistungsansprüchen dazu, daß der Abnehmer hinsichtlich eines Schadensersatzanspruchs bei fahrlässigen Falschangaben des Verkäufers über die Beschaffenheit eines Kaufgegenstandes völlig leer ausgeht. Die Richtigkeit dieses Ergebnisses sieht der BGH durch die Regelung des § 463 Abs. 2 BGB bestätigt, der einen Schadensersatz nur bei arglistigem Verhalten oder beim Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft gibt.⁶⁴ Schadensersatz ist aber häufig die einzige fallgerechte und vom Abnehmer erwünschte rechtliche Sanktion, die auf lange Sicht auch den Anbieter zu einer genaueren Überprüfung seiner vertragsanbahnenden Maßnahmen bewegen könnte. Denn auch im Fall der Durchführung einer Minderung bzw. Wandlung hat der Käufer zumeist immer noch nicht das, was er eigentlich ursprünglich wollte, einen Gegenstand, der hinsichtlich seiner Ist-Beschaffenheit den Soll-Vorstellungen des Käufers, die sehr häufig durch Vertragsanbahnungsmaßnahmen der Werbung beeinflusst worden sind, entspricht. Abgesehen davon, daß die gerichtliche Geltendmachung eines Minderungs- oder Wandlungsanspruchs im Einzelfall immer noch langwierig genug sein kann, muß der Käufer, verlangt er weiterhin nach einer angemessenen Befriedigung seines durch den Kauf zum Ausdruck gebrachten Bedürfnisses, noch einmal mit seinem ökonomischen Entscheidungsprozeß⁶⁵ von vorn beginnen.

7.1.8. Das Problem der Aufgaben- und Funktionsteilung auf der Angebotsseite

Ein weiteres, auch im Gewährleistungsrecht nicht angemessen gelöstes aktuelles Rechtsproblem ergibt sich aus der bereits erwähnten, heute besonders häufig im Zusammenhang mit der Absatzorganisation von Konsumgütern anzutreffenden Aufgaben- und Funktionsteilung bei der Vorbereitung und Durchführung der Absatzvorgänge durch unterschiedliche Wirtschaftssubjekte der Angebotsseite.⁶⁶ Häufig übernimmt der Handel überwiegend nur noch reine Distributionsaufgaben und unterstützt lediglich sekundär die allgemeinen Absatzanstrengungen des Herstellers, während der Hersteller allein die Werbung für seine Erzeugnisse konzipiert und den Handel allenfalls bei der Übermittlung seiner Werbeaussagen neben anderen als „Boten“ zur Unterstützung heranzieht.⁶⁷ Der Inhalt der Werbebotschaft mit

⁶⁴ BGHZ 60, 321.

⁶⁵ S. oben I.1; Einzelheiten zu dem Problem des ungenügenden Sanktionsmodells der Gewährleistung s. unten 8.

⁶⁶ Vgl. dazu statt vieler Sölter, A., *Kooperative Absatzwirtschaft. Grundlagen, Erfordernisse und Möglichkeiten der Zusammenarbeit zwischen Industrie und Handel*, S. 33 ff., 129 ff.; Kotler, Ph., *Marketing Management*, 2. Aufl., S. 225 ff., 655 ff. Jede kooperative Absatztätigkeit zwischen Industrie und Handel bedeutet zugleich eine Funktionsaufspaltung der Absatzaufgaben zwischen diesen Bereichen der Angebotsseite. Vgl. in diesem Zusammenhang auch Diederichsen, *Die Haftung des Warenherstellers*, S. 273 ff. Zu den diesbezüglichen Problemen der Anfechtung, s. oben 4.6. Zur wettbewerbsrechtlichen Problematik s. die Kommentierungen zu § 13 Abs. 3 UWG; grundlegend RGZ 151, 287 – Alvina; BGH 6. 6. 1958, GRUR 1959, 44 – Buchgemeinschaften II.

⁶⁷ Ein anderes Bild kann sich für den selektiven Markenartikelvertrieb und für den Ver-

allen Informationen und Erklärungen entsteht vielfach ohne die Mitwirkung und Einflußnahme des Handels und wird regelmäßig von diesem ohne eigene Kontrolle, nur auf Veranlassung des Herstellers, an die potentiellen Abnehmer weitergegeben.⁶⁸ Zum Teil gestaltet dabei der Hersteller seine Werbung, die sich direkt an die Abnehmer wendet, so, daß der Handel aus rein ökonomischen Überlegungen durch die damit bewirkte Nachfrage faktisch gezwungen wird, ein bestimmtes Produkt in sein Sortiment aufzunehmen.⁶⁹ Gerade bei dieser Art der direkten Ansprache der Abnehmer auf der Letztverbraucherstufe durch Methoden der Sprungwerbung seitens der Hersteller bleibt der Handel völlig ohne jeden Einfluß auf die Gestaltung der Werbung, und in bestimmten Fällen bildet gerade auch der Einzelhandel selbst Adressat und „Opfer“ der Werbemaßnahmen der Produzenten.⁷⁰ Trotz der grundsätzlichen partnerschaftlichen Aufgabenteilung ist es keineswegs so, daß Industrie und Handel in jeder Hinsicht bei der Bewältigung der Absatzaufgaben einvernehmlich Hand in Hand zusammenarbeiten würden. In Wirklichkeit besteht in vielerlei Hinsicht ein gewisser ökonomischer Antagonismus und Interessenwiderstreit zwi-

traghändler ergeben. Vgl. dazu Ulmer, P., *Der Vertragshändler*, S. 23 ff.; Schricker, G., *Bemerkungen zum Rechtsschutz selektiver Vertriebsbindungen*, GRUR 1976, 528 ff.; aus der wirtschaftswissenschaftlichen Literatur vgl. statt vieler, Geist, M., *Selektive Absatzpolitik*, 2. Aufl., S. 6 ff.; Niens, H.-I., *Die Vertriebsbindung als absatzpolitisches Instrument der Markenartikel-Industrie*, S. 24 ff. Zum Problem der Produzentenhaftung gegenüber diesen Absatzorganen, vgl. Anhalt, P., *Produzentenhaftung, Rechtsgrundlagen, Haftungsrisiken, Absicherungsmöglichkeiten*, S. 128 ff.

⁶⁸ Vgl. dazu statt vieler Blume/Müller/Röper, *Werbung für Markenartikel*, S. 7 ff.; Mellerowicz, *Markenartikel*, S. 34 ff. Diese Werbemaßnahmen, die sich direkt an die Abnehmer wenden, nennt man Verbraucher-, Direkt- oder Sprungwerbung. Mit dem immer weiteren Vordringen der Selbstbedienung wird die Beratungs-, Informations- und Aufklärungsrolle des Handels gleichermaßen zurückgedrängt. Dem Handel kommen heute häufig nur noch reine Verteilungsfunktionen zu; dies auch schon deshalb, weil ihm heute häufig genug die fachliche Qualifikation fehlt, sich ein eigenes Urteil über bestimmte Produkte bilden zu können. Zu seiner ökonomischen Abhängigkeit von den Herstellern, vgl. Lehmann, M., *Wettbewerbsrecht, Strukturpolitik und Mittelstandsschutz*, GRUR 1977, 634, Fußn. 34. Vgl. auch Reich/Tonner, *JuS* 1976, 578 zum Fortfall der Beratungsfunktion des Handels. Vgl. auch Larenz, *Schuldrecht*, BT, S. 70.

⁶⁹ Vgl. insbesondere Hansen, P., *Die handelsgerichtete Absatzpolitik der Hersteller im Wettbewerb um den Regalplatz*, S. 21 ff., 26 ff.; Batzer/Laumer, *Neue Vertriebswege in Industrie und Handel*, S. 29 ff.; Nieschlag, R., *Binnenhandel und Binnenhandelspolitik*, 2. Aufl., S. 334 f.

Dieses Problem der Abhängigkeit des Handels von der ökonomischen Notwendigkeit, bestimmte Markenartikel führen zu können, erlangt insbesondere bei § 26 GWB kartellrechtliche Bedeutung; vgl. dazu z.B. BGH 20. 11. 1975 – Rossignol, WRP 1976, 156; 24. 2. 1976 – Asbachfachgroßhändlervertrag, WuW/E BGH 1429. Aus der Literatur vgl. statt vieler Kartte, W., *Selektive Absatzpolitik und Diskriminierungsverbot*, Wettbewerbskongreß in München, Bericht 1977, S. 91 ff.; Schricker, GRUR 1976, 528 ff.

⁷⁰ Vgl. z.B. BGH 17. 11. 1972 – Preisausschreiben, GRUR 1973, 474; 28. 10. 1970 – Clix-Mann, WRP 1971, 261. Vgl. dazu Seydel, H., *Verkaufshilfen*, GRUR 1972, 580. BGH 3. 12. 1976 – Schaufensteraktion, WRP 1977, 177; vgl. dazu auch meine Bemerkungen, GRUR 1977, 634 ff.

schen Produktion und Distribution,⁷¹ so daß häufig genug als gemeinsamer Nenner nur das erwerbswirtschaftliche Prinzip fungieren kann. Es wäre daher prinzipiell verfehlt, ohne weiteres werbliche Erklärungen der Hersteller hinsichtlich bestimmter Produkte jenen Händlern zurechnen zu wollen, die diese Produkte an die Letztverbraucher anbieten und absetzen.

Damit ergibt sich für die Abnehmer auf der Letztverbraucherseite das Dilemma, daß sie bei Kaufgeschäften vertragliche Beziehungen üblicherweise nur zu bestimmten Einzelhändlern unterhalten, während ihre ökonomischen Entscheidungen durch Werbemaßnahmen der Hersteller wesentlich mit beeinflußt werden. Diesen gegenüber können sie aber keine vertraglichen Ansprüche, etwa aus Gewährleistung, geltend machen, denn es fehlt an der Existenz einer vertraglichen Sonderbeziehung.

Andererseits werden sich ihre Händler-Vertragspartner wegen ihrer Produktionsferne und des geringen wechselseitigen Einflusses von Produktion und Distribution zu Recht dagegen wehren, wenn man ihnen Erklärungen der Hersteller als eigene rechtsgeschäftlich relevante Verlautbarungen zuschreiben wollte. Werbeangaben Dritter, z.B. eines Herstellers, können daher nicht ohne weiteres als eine mit dem Verkäufer, üblicherweise einem Händler, getroffene individuelle Gebrauchsvereinbarung i. S. des § 459 Abs. 1 oder als eine von diesem abgegebene Zusicherung gemäß § 459 Abs. 2 qualifiziert werden, denn sie sind in vielen Fällen überhaupt nicht Gegenstand der konkreten vertraglichen Verhandlungen oder Vereinbarungen zwischen Käufer und Verkäufer gewesen. Trotzdem haben sie häufig die Motivation des Käufers beeinflußt.

Aus gleichen Gründen läßt sich der Handel regelmäßig auch nicht als Erfüllungsgelhilfe gemäß § 278 der Hersteller oder umgekehrt der Hersteller als Erfüllungsgelhilfe der Händler qualifizieren. Hersteller und Händler sind üblicherweise autonom handelnde Wirtschaftssubjekte der Angebotsseite; man kann keinen von ihnen als „Hilfsperson“ des jeweils anderen betrachten.⁷²

⁷¹ Das Stichwort der Nachfragemacht des Handels mag hier genügen. Vgl. dazu Monopolkommission, Sondergutachten Nr. 7, Mißbräuche der Nachfragemacht und Möglichkeiten zu ihrer Kontrolle im Rahmen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, S. 12 ff.; Stahl, K., Wettbewerbspolitische Folgerungen für eine wirksame Kontrolle der Nachfragemacht, Wettbewerbskongreß München, Bericht 1977, S. 147 ff.; Lehmann, M., Die kartell- und wettbewerbsrechtliche Kontrolle der Nachfragemacht in Deutschland und in den Vereinigten Staaten, in Festschrift für M. Nüchterlein, Nürnberg 1978, S. 191 ff.; ders., Einige Bemerkungen zum Nachfragemachtgutachten der Monopolkommission, WRP 1978, 588 ff.

⁷² Zu Recht differenzierend dazu Medicus, Rdz. 806: Den Fachhändler, der z. B. im Rahmen eines selektiven Vertriebssystems eng mit einem Hersteller zusammenarbeitet, wird man anders behandeln müssen als einen Verbrauchermarkt; s. auch Canaris, C.-W., Produzentenhaftpflicht, JZ 1968, 494 ff. (499); Steindorff, E., Repräsentanten- und Hilfsversagen und Qualitätsregelungen in der Industrie, AcP 170 (1970) 93 ff.; zum Deliktsrecht, s. unten 9.

Am weitgehendsten ist die Zusammenarbeit zwischen Industrie und Handel bei der Durchführung eines ausgefeilten selektiven Vertriebssystems ausgeprägt; vgl. dazu statt vieler Geist, M., Selektive Absatzpolitik, 2. Aufl., S. 4 ff.; Niens, H.-J., Die Vertriebsbindung als absatzpolitisches Instrument der Markenartikel-Industrie, S. 9 ff.; Schenk/Wölk, Vertriebssysteme zwischen Industrie und Handel, S. 30 ff.

Für den Käufer bedeutet dies, daß er gegen einen Werbenden in einer Absatzkette, der nicht sein eigener Vertragspartner ist, keinerlei vertragliche⁷³ und in der Regel auch keine deliktischen⁷⁴ Ansprüche hat. Wie so häufig, schlägt auch hier eine an sich ökonomisch sinnvolle Arbeitsteilung auf der Anbieterseite rechtlich betrachtet zu Lasten des Nachfragers aus.⁷⁵ Zwar vermag in manchen Einzelfällen in diesem Zusammenhang u.U. das Institut der *Produzentenhaftung* Abhilfe zu schaffen.⁷⁶ Jedoch kann dadurch ein Vertragsschaden i.S. eines reinen Vermögensschadens⁷⁷ und der Effekt der volkswirtschaftlich schädlichen Fehlleitung der Nachfrage⁷⁸ als solcher nicht wiedergutmachtet werden; lediglich der Schaden, der an den durch § 823 Abs. 1 geschützten Rechtsgütern durch die bestimmungsgemäße Verwendung eines industriell gerechtfertigten Produkts entsteht, vermag durch die Produzentenhaftung ausgeglichen zu werden. Keineswegs in jedem Fall der Werbung mit unrichtigen Produktangaben ist ein deliktischer Anspruch aus dem Gesichtspunkt der Produzentenhaftung gegeben. Die Produzentenhaftung setzt das Vorliegen eines „absoluten“ Produktmangels i.S. einer objektiven Gefährlichkeit eines Kaufgegenstands, der zu einem Mangelfolgeschaden führen kann, nicht aber das Abweichen eines Produkts in seiner Ist-Beschaffenheit voraus. Als Maßstab dienen bei der Produzentenhaftung in erster Linie objektive Kriterien. Ein Produkt muß die nach der Verkehrsanschauung erforderliche allgemeine Ungefährlichkeit aufweisen, die gleichartige Waren üblicherweise besitzen müssen.⁷⁹ Dieses objektive Erfordernis

⁷³ Trinkner, BB 1975, 1494. Vgl. dazu auch die instruktive Entscheidung des BGH 25. 9. 1968, NJW 1968, 2238 (Dieselöl).

⁷⁴ Einzelheiten s. unten bei der Erörterung des Deliktsrechts III.9. sowie oben die Prüfzeichen-Entscheidung des BGH, s. oben II.3.

⁷⁵ Eine ähnlich unbefriedigende Situation ergibt sich beim Problem des sog. Einwendungsdurchgriffs beim fremdfinanzierten Abzahlungskauf, vgl. dazu insbesondere Reich, in Verbraucherrecht, Gruppe 50, Rdz. 15 ff., 20; Esser/Weyers, S. 111 ff.; Palandt/Putzo, Anhang zu § 6 AbzG, Anm. 2; BGH 18. 1. 1973, NJW 1973, 452; BGHZ 60, 108 (modifizierte Trennungstheorie); der Einwendungsdurchgriff versagt, wenn sich der Käufer an den leistungsfähigen Abzahlungsverkäufer halten kann; s. oben II.1.; vgl. dazu den Gesetzesentwurf der Bundesregierung eines Gesetzes über finanzierte Rechtsgeschäfte und über Maklerverträge v. 11. 5. 1979, BR-Drucks. 220/79.

⁷⁶ Vgl. dazu Larenz, Schuldrecht, BT, S. 68 ff.; Esser/Weyers, S. 93 f.; Diederichsen, Wohin treibt die Produzentenhaftung?, NJW 1978, 1281 ff.; zur Produzentenhaftung, s. oben II.2.

Die Bereiche der vertraglichen Haftung aus Gewährleistung und der deliktischen aus Produzentenhaftung können sich überschneiden. Während bei der Gewährleistung zur Feststellung der Fehlerhaftigkeit einer Ware auch eine individuell gemäß dem Kaufvertrag vereinbarte Beschaffenheit eine Rolle spielen kann, bedeutet „Fehlerhaftigkeit“ im Rahmen der Produzentenhaftung immer nur objektiv gefahrdrohend, d.h. ein allgemein gültiger, verkehrsbübler Sicherheitsstandard muß verletzt werden; s. Larenz, a.a.O., S. 69 f.; Staudinger/Honsell, Vorbemerkung § 459, Rdz. 32; RGRK, § 459, Rdz. 34; s. auch Schwartz, E., Kaufvertragliche Mängelhaftung und deliktsrechtliche Ansprüche, AcP 179 (1979) 57 ff., 64., 72 f.

⁷⁷ Vgl. dazu Palandt/Thomas, § 823 Anm. 16, D, c; Anhalt, Produzentenhaftung, S. 171; Diederichsen, Wohin treibt die Produzentenhaftung?, NJW 1978, 1285 f. Zum Begriff des Vertragsschadens s. oben I.4.

⁷⁸ S. dazu oben I.4.

⁷⁹ Vgl. insbesondere Diederichsen, die Haftung des Warenherstellers, S. 375, 381 ff.; Weit-

der üblichen Ungefährlichkeit eines Produkts wird anhand eines Maßstabs zu prüfen sein, der grundsätzlich unabhängig von den in der Werbung und bei der konkreten Vertragsanbahnung getroffenen Aussage anzulegen ist.

Mitberücksichtigt werden kann dabei allerdings auch die spezielle Produkteignung, die durch die Werbeaussagen einem Produkt beigelegt wird. Ein Autoreifen, der als Hochgeschwindigkeitsreifen werblich angepriesen wird, muß sich anhand der für Hochgeschwindigkeitsreifen entwickelten objektiven Kategorien der Gefährlichkeit messen lassen; ein Feuerwerkskörper, der für den privaten Gebrauch bei der Silvesterparty im Kreis der Familie verkauft wurde, anhand der dafür bestimmten allgemeinen Sicherheitsvorschriften.⁸⁰ Die Produzentenhaftung trägt insgesamt aber weniger individuelle, durch die Ausübung der Privatautonomie der Kaufparteien regelbare Züge als die Gewährleistung, abgesehen davon, daß sie im Gegensatz zu dieser trotz der Umkehr der Beweislast prinzipiell immer noch eine deliktische Verschuldenshaftung geblieben ist.

Durch das Zivilrecht sollte aber generell das Ergebnis angestrebt werden, daß der Nachfrageseite dadurch keine rechtlichen Nachteile entstehen können, daß auf der Angebotsseite nicht nur eine Person, sondern mehrere arbeitsteilig zusammenwirken, auch wenn der eine nicht als Erfüllungsgehilfe des anderen betrachtet werden kann.⁸¹ Eine Haftungszuweisung im vertraglichen Bereich, die im wesentlichen⁸² nur mit der Rechtsfigur des Erfüllungsgehilfen gemäß § 278 konstruiert wird, kann heute in vielen Fällen des arbeitsteiligen Zusammenwirkens auf der Angebotsseite nicht mehr ausreichen.⁸³ Diese Problematik sollte vom Gesetzgeber allgemein in

nauer, H., Die Haftung des Warenherstellers, NJW 1968, 1594; Larenz, Schuldrecht, BT, S. 69; Staudinger/Honsell, Vorbemerkung § 459, Rdz. 32; eine bloße „Gefährlichkeit“ eines Produkts reicht dafür nicht aus; der EG-Richtlinienentwurf bestimmt dazu in Art. 4: „Eine Sache ist fehlerhaft, wenn sie bei bestimmungsgemäßem Gebrauch für Personen oder Sachen nicht die Sicherheit bietet, die man unter Berücksichtigung aller Umstände einschließlich ihrer Darbietung und des Zeitpunkts, in welchem sie in Verkehr gebracht worden ist, zu erwarten berechtigt ist.“

⁸⁰ Vgl. dazu BGH 19. 6. 1973 (Feuerwerkskörper), NJW 1973, 1602. Zur Problematik der Gütezeichen und DIN-Normen s. unten 7.2.3., sowie Diederichsen, NJW 1978, 1281 ff.; ders., VersR 1971, 1081 f.; BGHZ 48, 118 ff. (Trevira); BGH 25. 9. 1968 – Dieselöl, NJW 1968, 2238; BGH 14. 5. 1974 – Prüfzeichen, GRUR 1975, 150.

⁸¹ Vgl. dazu auch Esser/Weyers, S. 94; grundlegend zur Arbeitsteilung s. Wieacker, F., Das bürgerliche Recht im Wandel der Gesellschaftsordnungen, in Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung 1974, S. 46, 50 ff.

⁸² Vgl. auch §§ 31, 89 BGB.

⁸³ Der Erfüllungsgehilfe gemäß § 278 BGB muß in Erfüllung einer vertraglich geschuldeten Pflicht des Schuldners tätig werden. Deswegen kann auch der werbende Hersteller praktisch nie als Erfüllungsgehilfe des Verkäufers, etwa eines Händlers, betrachtet werden, denn er ist keine Hilfsperson desselben. Zum Begriff des Erfüllungsgehilfen vgl. insbesondere Larenz, Schuldrecht, AT, S. 242 ff.; Medicus, Rdz. 798 ff., 806, der u. U. den Hersteller als Erfüllungsgehilfen des Händlers, z. B. eines „Fachgeschäfts“, betrachten will; vgl. auch Steindorff, E., Repräsentanten- und Gehilfenversagen und Qualitätsregelungen in der Industrie, AcP 170 (1970) 93 ff.; einer Neuregelung des § 831 steht kritisch gegenüber Kreuzer, K., Culpa in Contrahendo und Verkehrspflichten. Ein rechtsvergleichender Beitrag zur Begrenzung der Haftung nach Vertragsrecht, S. 177 ff., 190 ff., 205 ff.

Abstimmung mit einer Neufassung des Deliktsrechts und dort insbesondere der Haftung für den Verrichtungsgehilfen gemäß § 831⁸⁴ bereinigt werden.

Für den Bereich der Haftung aus Gewährleistung muß hier festgehalten werden, daß vertragliche Ansprüche der Nachfrageseite gegen denwerbenden Hersteller in der Regel schon daran scheitern, daß diesem gegenüber keine vertraglichen Beziehungen bestehen. Dem Vertragspartner auf der Handelsebene können aber andererseits die in der Herstellerwerbung getroffenen Aussagen regelmäßig nicht zugerechnet werden. Insbesondere ist der Hersteller typischerweise nicht der Erfüllungsgewähle gemäß § 278 des Handels. Auch aus diesen Gründen geht daher der Käufer häufig leer aus; eine Haftung aus Gewährleistung wird infolge dieser Funktions- und Aufgabenteilung zwischen Industrie und Handel ausgeschlossen.

7.2. Die Voraussetzungen der Gewährleistung im einzelnen

7.2.1. Ein Beispielfall

In der Warentestzeitschrift „DM“ wurde Ende des Jahres 1978 ein Testbericht über Weihnachtskerzen veröffentlicht.⁸⁵ Zwölf verschiedene Weihnachtskerzen waren von der Stiftung Warentest unter Berücksichtigung der Werbeangaben, mit denen sie auf dem Markt angeboten wurden, im Experiment untersucht worden. In der Werbung, vor allem auf den Produktpackungen, fanden sich die verschiedensten Anpreisungen: „Garantiert tropffrei“, „lange Brenndauer“, „Spezialkomposition für Christbaumkerzen“, „Luxusqualität in Spezialkomposition“ etc. Alle zwölf von der Testzeitschrift „DM“ geprüften Kerzen waren laut Herstellerangaben „tropffrei“.⁸⁶

Als Testergebnis ergaben sich folgende Resultate: Schon bei leichter Schräglage (30° Neigung) begannen drei von zwölf getesteten Kerzen schnell zu tropfen; etwas stärker geneigt, im Winkel von 45°, blieben nur noch vier nichttropfende Lichter übrig, darunter die billigste und die teuerste Marke. Bei der tropffreien „Luxusqualität in Spezialkomposition“ war das besondere, daß sie besonders gut tropfte; und auch die Anpreisung einer anderen Kerze für „lange Brenndauer“ entsprach nicht der Wirklichkeit, denn die als Dauerbrenner bezeichnete Wachskerze brannte im Test genauso lange wie alle anderen Kerzen. Die Zeitschrift „DM“ folgte aus diesem Befund: „Sprüche statt Aufklärung sind bei allen Herstellern zu

⁸⁴ Vgl. dazu Medicus, Rdz. 783. Bedauerlicherweise sind die Reformarbeiten auf diesem Gebiet ins Stocken geraten.

⁸⁵ DM, Heft 12, 1978, S. 74 ff.: „Was taugen die Tropffreien?“; weiteres rechtstatsächliches Anschauungsmaterial, s. oben I.4.

⁸⁶ Teils mit Einschränkungen: „Keine Zugluft, keine Wärme“. „Nicht schräg stellen“. Jede exakt gerade gerichtete Kerze, die in genügend großem Abstand zur nächsten brennenden aufgestellt und keiner Zugluft ausgesetzt ist, brennt jedoch „tropffrei“; diese Werbung mit Selbstverständlichkeiten dürfte, insbesondere weil diese Kerzen als „tropffreie Weihnachtskerzen“ besonders aus der Gattung der sonstigen Kerzen hervorgehoben worden sind, gemäß § 3 UWG irreführend sein; s. Baumbach/Hefermehl, § 3 UWG, Rdz. 52.

finden.“ „Für den Käufer ist solcher Werbeweihrauch ohne jeden Informationswert.“⁸⁷

Wie sieht die bürgerlich-rechtliche Bewertung eines derartigen Sachverhalts aus?

Das LG Köln mußte in seiner Entscheidung vom 13. 4. 1972 folgenden ähnlich gelagerten Fall behandeln:⁸⁸ Der Kläger kaufte vor Weihnachten in einer Drogerie Kerzen. Die Kerzenpackung enthielt folgenden Aufdruck: „E-Adventskerzen. Eine Kompositionskerze für hohe Ansprüche, kein Tropfen, kein Rußen“. Mit seiner Klage machte der Kläger Ersatzansprüche wegen eines durch das Abbrennen der Kerzen verursachten Rußschadens geltend. Sie blieb ohne Erfolg. Das Gericht äußerte dazu folgende Rechtsansicht: „Legt man die von der Beklagten auf der Packung angegebene Erklärung entsprechend der Verkehrssitte und nach Treu und Glauben aus, so ergibt sich, daß diese als reine Tatsachenbehauptung zur Werbung für das vertriebene Produkt aufzufassen ist. Hinweise dafür, daß der Beklagte Gewährleistungsansprüche, ja sogar eine Pflicht zum Ersatz von Mangelfolgeschäden hat übernehmen wollen, sind nicht vorhanden.“

Ähnliches hat auch der BGH in seiner Grundentscheidung zur Produzentenhaftung, dem Hühnerpestfall geäußert,⁸⁹ in dem er die in der Literatur von W. Lorenz⁹⁰ vertretene Ansicht ablehnte, der Hersteller müsse für das Vertrauen, das er mit einem Produkt, verstärkt durch die Werbung, beim Verbraucher erweckt habe, einstehen: Der BGH hat es abgelehnt, der Werbung eine haftungsbegründende Kraft zuzulegen. Daß die Werbung im Ringen um den „König Kunden“ immer umfangreicher und betriebswirtschaftlich gesehen, immer bedeutungsvoller geworden ist, besage noch nicht, daß ihr rechtlich die Bedeutung einer Haftungszusage zukäme: „So versteht sie ein verständiger Verbraucher auch nicht.“

Für die nachfolgende Untersuchung der §§ 459ff. wird besonderes Augenmerk der Frage zu gelten haben, unter welchen Voraussetzungen derartige vertragsanbahnende „*Tatsachenbehauptungen der Werbung*“ zu einer Haftung aus Gewährleistung führen können. Insbesondere wird zu prüfen sein, ob es legitim ist, dem Verbraucher in der rechtlichen Betrachtung ein völlig anderes Verständnis als ökonomisch zu unterstellen: Aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht wird es als erwiesen angesehen, daß Werbeangaben kaufentscheidende informatorische und akquisitorische Wirkungen auf den durchschnittlichen privaten Endverbraucher ausüben.⁹¹

⁸⁷ DM, Heft 12, 1978, S. 74.

⁸⁸ LG Köln 13. 4. 1972, NJW 1972, 150. Bei diesem Fall handelt es sich zwar um einen Anspruch aus Produzentenhaftung gemäß § 823; dennoch äußerte das Gericht auch seine Auffassung hinsichtlich einer Haftung aus Gewährleistung.

⁸⁹ BGHZ 51, 91 (100); vgl. in diesem Zusammenhang aber auch BGHZ 248, 119 (Trevira).

⁹⁰ Lorenz, W., Warenabsatz und Vertrauensschutz, in: Versicherungsrecht, 1963, Beiheft, Karlsruher Forum 1963, Zur Haftung des Warenherstellers, S. 8ff. Dort wird vor allem auch das Problem der Funktionsteilung zwischen Industrie und Handel angesprochen.

⁹¹ Statt vieler Tietz, Handwörterbuch der Absatzwirtschaft, Stichwort „Werbung“, S. 2241ff.; Schmalen, Werbung im Meinungsstreit, WiSt 1975, 496ff.; kritisch Kroeber-Riel, Über die Schönfärberei in der Werbelehre – faktische und normative Aspekte der menschlichen Verhaltenssteuerung, WiSt 1972, 127ff.; s. oben I.2. ff.

Die informatorische Funktion der Wirtschaftswerbung wird sogar als der entscheidende Legitimationsfaktor des Marketing und der Werbung besonders in den Vordergrund gerückt.⁹²

7.2.2. Fehler einer Kaufsache (Stückkauf) – § 459 Abs. 1 BGB

7.2.2.1. Nach dem Vertrage vorausgesetzter Gebrauch

Gemäß § 459 Abs. 1 ist eine Sache im Falle eines Spezieskaufes „fehlerhaft“,⁹³ wenn sie nicht diejenigen Eigenschaften besitzt, die sie haben muß, um dem nach dem Vertrage von den Parteien vorausgesetzten Gebrauchszweck – hilfsweise dem gewöhnlichen Gebrauch – zu genügen.⁹⁴ Es muß sich dabei um Sachmängel mit einem gewissen objektiven Gewicht handeln, die den Wert oder die Tauglichkeit der Kaufsache zu dem gewöhnlichen oder nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch nicht nur unerheblich aufheben oder mindern.

Ausgehend von dem „nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch“ ist entscheidend, „als was“, d. h. zu welchem Gebrauchszweck, eine Sache verkauft wurde.⁹⁵ Hier fragt sich, ob und in welchem Umfang Vertragsanbahnungsmaßnahmen, z. B. Werbeangaben über die Kaufsache, diesen „nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch“ definieren oder näher umschreiben können. Wegen der ökonomischen kaufbeeinflussenden Relevanz dieser Aussagen, die mit Hilfe der modernen Kommunikations- und Werbetechniken gegenüber den Abnehmern gemacht werden, muß im Hinblick auf das Vorliegen eines „Fehlers“ gemäß § 459 Abs. 1 untersucht werden, inwieweit durch derartige Marketingmaßnahmen im Rahmen des Abschlusses eines Kaufvertrages ein „nach dem Vertrage vorausgesetzter Ge-

⁹² Nickel, V., Werbung – Fakten für Verbraucher (edition ZAW), Bonn 1976, S. 12 ff.

⁹³ Ein Eintritt in die beinahe unüberschaubare rechtswissenschaftliche Diskussion um den Fehlerbegriff soll hier vermieden werden, denn sie würde unsere Bestandsaufnahme der gegenwärtigen bürgerlich-rechtlichen Situation der Vertragsanbahnung nur unnötig komplizieren und undurchschaubarer machen. Für die Abnehmerseite ist diejenige Rechtssituation interessant, mit der sie vor Gericht rechnen muß. Entscheidend ist hier die Auslegung der §§ 459 ff. BGB, wie sie von der Rechtsprechung und insbesondere vom BGH vorgenommen wird.

Zum Theorienstreit vgl. besonders übersichtlich die Zusammenstellung bei Medicus, S. 139 ff. (143); Herberger, S. 20 ff.; Kreuzer, K., Sachmängelhaftung und Vertragswidrigkeit im deutschen Recht und im Einheitlichen Kaufgesetz, in Das Haager Einheitliche Kaufgesetz und das Deutsche Schuldrecht, Kolloquium zum 65. Geburtstag von E. v. Caemmerer, Karlsruhe 1973, S. 35 ff.; Knöpfle, JZ 1978, 212 ff.; JZ 1979, 11 ff.

⁹⁴ Larenz, Schuldrecht, BT, S. 35; Fikentscher, S. 381; Medicus, S. 142; Esser/Weyers, S. 35; Palandt/Putzo, § 459, Anm. 3; Staudinger/Honsell, § 459, Rdz. 10 (sog. subjektiver oder konkreter Fehlerbegriff).

Ausgangspunkt der rechtlichen Prüfung des § 459 Abs. 1 BGB soll der „vom Vertrag vorausgesetzte Gebrauch“ als die individuellere Regelung zwischen den Vertragsparteien sein. Erst bei Unergiebigkeit dieser Untersuchung soll auf den objektiven Ansatzpunkt des „gewöhnlichen“ Gebrauchs zurückgegriffen werden. Insoweit muß bei § 459 Abs. 1 BGB ein subjektiv-objektiver Fehlerbegriff zur Anwendung kommen. Vgl. dazu Fikentscher, S. 381; Esser/Weyers, S. 36.

⁹⁵ Larenz, Schuldrecht, BT, S. 35.

brauch“ festgelegt werden kann. In der modernen Wirtschaftswerbung werden, wie wir gesehen haben, häufig bestimmte Produkteigenschaften und Verwendungszwecke besonders nachdrücklich hervorgehoben, die das Kaufverhalten der Nachfrageseite entscheidend beeinflussen bzw. beeinflussen sollen. Insbesondere die Produktwerbung für Markenartikel sowie die gesamte Markenartikelabsatzstrategie bieten dafür ein augenfälliges Beispiel.⁹⁶

Wenn § 459 Abs. 1 von dem „nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch“ spricht, ergibt sich erneut das bereits in anderem Zusammenhang erörterte Problem, ob aufgrund dieses gesetzlichen Wortlauts allein auf rechtsgeschäftliches oder aber auch auf nur vertragsanbahnendes Handeln abzustellen ist. Fraglich ist, ob der „nach dem Vertrage vorausgesetzte Gebrauch“ nur durch Willenserklärungen oder auch durch Verhaltensweisen im Rahmen der Vertragsanbahnung, denen kein rechtsgeschäftlicher Charakter beigemessen werden kann, festgelegt wird. Nur im letzteren Fall könnten Werbeaussagen und sonstige Marketingbemühungen regelmäßig für den Fehlerbegriff des § 459 Abs. 1 Bedeutung erlangen. Im konkreten Einzelfall wird die Entscheidung freilich immer eine Frage der Auslegung gemäß §§ 133, 157 darstellen; hier muß es genügen, generelle Tendenzen bei der Entscheidung der Frage herauszustellen.

In der Literatur ist dieses Problem bislang kaum behandelt worden.⁹⁷ Mangels eines entsprechenden Problembewußtseins lassen sich daher auch nur mehr oder weniger schillernde, zum Teil widersprüchliche Aussagen finden.⁹⁸ Im Grunde genommen kommt man auch hier ähnlich wie bei der Diskussion des Anfechtungsrechts gemäß § 119 Abs. 2,⁹⁹ auf die seit Zitelmann¹⁰⁰ bekannte Grundfrage zurück, inwieweit bei der Vereinbarung der Leistung eines bestimmten Gegenstandes die Vorstellungen der Parteien von der Beschaffenheit des Leistungsgegenstandes nur rechtlich unbeachtliches Motiv oder aber Inhalt des Rechtsgeschäfts selbst sind. Wird beim Kauf nur Inhalt der rechtsgeschäftlichen Vereinbarungen, daß die betref-

⁹⁶ Vgl. statt vieler Mellerowicz, K., Markenartikel, die ökonomischen Gesetze ihrer Preisbildung und Preisbindung, 2. Aufl., S. 34: Die Werbung soll den Verbraucher über ein „Produkt aufklären, ihm seine Vorzüge und Anwendungsbereiche mitteilen, sein Interesse wecken, um schließlich das Vertrauen des Verbrauchers für diesen Markenartikel zu gewinnen, das notwendig ist, um einen Kaufentschluß herbeizuführen“. Vgl. auch Leitherer/Hansen, Produktgestaltung, S. 46ff.; Blume/Müller/Röper, Werbung für Markenartikel – Auswirkung auf Markttransparenz und Preise, passim. Vgl. in diesem Zusammenhang auch Schricker, G., Bemerkungen zum Rechtsschutz selektiver Vertriebsbindungen, GRUR 1976, 528ff. Rechtstatsächliches Material dazu s. oben I.4.

⁹⁷ Vgl. Knöpfle, Zur Problematik des subjektiven Fehlerbegriffes im Kaufrecht, JZ 1978, 121ff., 123, der diese Unterscheidung unter dem Gesichtspunkt der Definition des Fehlerbegriffs wohl als erster aufgegriffen hat; vgl. auch Tonner, Kauf, in Verbraucherrecht, Gruppe 20, Rdz. 7; Reich/Tonner, Werbung, zugesicherte Eigenschaften und Verbraucherschutz, JuS 1976, 1693ff. Anders als bei § 119 Abs. 2 (s. oben 4.3.) lassen sich aber hier zwei grundsätzlich gegensätzliche Auffassungen nicht feststellen.

⁹⁸ Vgl. Einzelheiten in der Literaturzusammenstellung bei Knöpfle, JZ 1978, 121.

⁹⁹ S. oben 4.3.; sowie 7.1.3.

¹⁰⁰ Vgl. Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft, S. 115ff.

fende Sachsubstanz gekauft wird, oder wird eine Sache, die bestimmte Eigenschaften und Funktionen hat, gekauft?

Bei Larenz¹⁰¹ etwa finden sich zur Bestimmung des „nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauchs“ folgende Ausführungen: „Um diese ... Bedingungen zu erfüllen, genügt es zwar nicht, daß der Käufer die von ihm beabsichtigte Verwendung dem Verkäufer mitteilt und dieser sie zur Kenntnis nimmt, wohl aber, daß er die Eignung der Sache hierfür, sei es ausdrücklich behauptet, sei es wenigstens stillschweigend bejaht, daß also ein Einverständnis beider hierüber hergestellt wird.“ An anderer Stelle äußert Larenz:¹⁰² „... so ist die Sache mangelhaft, weil sie nicht von der der Kaufvereinbarung zugrundegelegten Beschaffenheit ... ist.“ Ähnliche Formulierungen finden wir bei Esser/Weyers:¹⁰³ „Fehler‘ im Sinne der §§ 459 ff. ist jede negative Abweichung des verkauften Stückes von der Beschaffenheit, die der Käufer nach dem Inhalt des Kaufvertrages bei ihm voraussetzen darf.“¹⁰⁴

Diesen letztlich wohl auf Flume¹⁰⁵ zurückführbaren Definitionen läßt sich nicht mit Exaktheit entnehmen, ob zur Festlegung des „nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauchs“ im Sinne des § 459 Abs. 1 eine vertragliche Vereinbarung oder eine Art „Geschäftsgrundlage“,¹⁰⁶ die selbst nicht ausdrücklich Inhalt des Vertrags zu werden braucht, für erforderlich gehalten wird.

Knöpfle,¹⁰⁷ der sich, soweit ersichtlich, bisher als einziger in der jüngeren Literatur eingehender mit dem Problem befaßt hat, lehnt es als mit dem System und dem Grundgedanken der Sachmängelhaftung unvereinbar ab, eine bloße „Geschäftsgrundlage“ genügen zu lassen: „Es erscheint sachfremd, die Sachmängelhaftung, was die Seite des Verkäufers betrifft, an eine innere, mit der des Käufers übereinstimmende Vorstellung zu knüpfen, auch wenn sie nach außen nicht hervortritt ... Der bloße Umstand, daß sich der Verkäufer über die Beschaffenheit unzutreffend

¹⁰¹ Larenz, Geschäftsgrundlage, S. 95.

¹⁰² Larenz, Schuldrecht, BT, S. 35 (Hervorhebung durch den Verfasser). Schon die Verwendung des Wortes „Kaufvereinbarung“ statt Kaufvertrag wirkt hier verwirrend; Larenz läßt aber offenbar persönliche Auskünfte des Verkäufers dafür genügen: „Meist wird sich der Käufer vor dem Kaufabschluß bei dem Verkäufer erkundigen ...“. Vgl. ihm folgend auch Palandt/Putzo, § 459, Anm. 3: „... bei Abschluß des Kaufvertrages gemeinsam vorausgesetzt ...“.

¹⁰³ Esser/Weyers, S. 35.

¹⁰⁴ Die Hervorhebung entspricht einer Kursivsetzung bei Esser/Weyers.

¹⁰⁵ Flume, Eigenschaftsirrtum und Kauf, S. 109 ff.: Fehler ist das „Abweichen der Kaufsache von der der Kaufvereinbarung entsprechenden sachlichen Beschaffenheit“.

¹⁰⁶ So ausdrücklich Müller-Erzbach, DJ 1937, 1659; Heck, Ph., Grundriß des Schuldrechts, S. 269; Staudinger/Honsell, 12. Aufl., § 459, Rdz. 26; RGRK, § 459, Rdz. 5; vgl. auch Staudinger/Ostler, 11. Aufl., § 459, Rdz. 28, unter Hinweis auf RGZ 131, 343 (352); vgl. auch BGH, LM § 459, Nr. 4 und Nr. 10.

In RGZ 131, 352, verweist aber das RG gerade auf die Entscheidungen RGZ 67, 80; 70, 86, in welchen ausdrücklich darauf abgestellt wurde, daß eine Zweckbestimmung Vertragsinhalt, „vertraglich zugesichert“, somit gerade nicht nur Geschäftsgrundlage geworden sein muß. Weitere Einzelheiten s. dazu unten, Fuß. 121 ff.

¹⁰⁷ Knöpfle, JZ 1978, 124; s. auch Medicus, Rdz. 151; Palandt/Putzo, § 459, Anm. 3.

geäußert hat, vermag indessen die Sachmängelhaftung noch nicht zu rechtfertigen. Diese erscheint erst berechtigt, wenn die Angaben nicht nur unverbindlicher Natur waren, sondern verbindlich gemacht wurden.“ Im weiteren verweist er auf § 459 Abs. 2 BGB; unverbindliche Meinungsäußerungen könnten nicht zur Mängelhaftung führen, vielmehr müßten Eigenschaften zugesichert worden sein.¹⁰⁸

Diese Bemerkung führt zu der weiteren Frage, in welchem Verhältnis der „nach dem Vertrage vorausgesetzte Gebrauch“ des § 459 Abs. 1 zu der Zusicherung einer Eigenschaft gemäß § 459 Abs. 2 steht.¹⁰⁹ Aus der Bestimmung der Erfordernisse für das Vorliegen einer Zusicherung gemäß § 459 Abs. 2 könnten möglicherweise Rückschlüsse auf die Auslegung des § 459 Abs. 1 gezogen werden,¹¹⁰ sofern eine Art von „stimmigem“ inneren System der Gewährleistungshaftungsvoraussetzungen angenommen werden könnte.

Veranschaulichen kann die Problematik ein Fall des Reichsgerichts.¹¹¹ Der Kläger hatte vom Beklagten zwei Violinen zum Preis von RM 8500 gekauft. Ihm war dabei von diesem „versichert“ worden, daß diese Geigen von vorzüglicher Klangschönheit und besonders guter Qualität seien, einen hohen Kunstwert hätten und daß der Preis nicht nur angemessen, sondern sogar billig sei. In Wahrheit handelte es sich jedoch nicht um klangschöne Sologeigen, sondern allenfalls um Orchestergeigen mit einem Verkehrswert von höchstens RM 800. Das Reichsgericht führte dazu aus: „Verfehlt wäre es, eine Orchestergeige als eine fehlerhafte Sologeige zu kennzeichnen. Der Kläger hat ein richtiges Gefühl für seine Rechtslage bewiesen, als er vom Verkäufer eine Gewähr dafür forderte, daß die Geigen den verlangten Preis wert, daß sie echt seien. Das wurde abgelehnt, und wenn er trotzdem kaufte, so hat er einen viel zu hohen Preis bewilligt, aber dann noch nicht fehlerhafte Geigen gekauft.“

Dieser in der Praxis häufig anzutreffende Hinweis, der Käufer könne sich ja eine Zusicherung im Sinne des § 459 Abs. 2 BGB vom Verkäufer geben lassen, wenn er auf bestimmte Eigenschaften oder Gebrauchszwecke besonderen Wert lege,¹¹² verdient deswegen besondere Beachtung, weil ausgehend von den unstreitig strengen Voraussetzungen, die die h. M. für die Annahme einer Zusicherung einer Eigenschaft gemäß § 459 Abs. 2 BGB aufstellt,¹¹³ vielleicht doch gewisse Hinweise für die inhaltliche Bestimmung des § 459 Abs. 1 gewonnen werden könnten. Aus rechtssystematischen Gründen könnte man die Ansicht vertreten, daß wegen des zweigliedrigen, sich steigernden Aufbaus des § 459 in seinen beiden Absätzen und wegen der

¹⁰⁸ Vgl. Knöpfle, JZ 1978, 124, rechte Spalte.

¹⁰⁹ Vgl. dazu statt vieler Immenga, U., Fehler oder zugesicherte Eigenschaft, AcP 171 (1971) 1 ff.

¹¹⁰ Vgl. Immenga, AcP 171 (1971) 2; Larenz, Schuldrecht, BT, S. 39.

¹¹¹ Vgl. RGZ 97, 351. Allerdings verwendete bei dieser Entscheidung das RG den objektiven Fehlerbegriff; vgl. dazu auch Rabel, 2. Band, S. 113.

¹¹² Vgl. z. B. BGHZ 15, 54 (58).

¹¹³ Vgl. statt vieler Larenz, Schuldrecht, BT, S. 39: „Die Zusicherung muß *Vertragsinhalt* geworden sein.“ Vgl. auch Palandt/Putzo, § 459, Anm. 4; Immenga, AcP 171 (1971) 2.

erheblich weiter als bei § 462 gehenden Rechtsfolgen des § 463 im Falle des Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft eine entsprechende Differenzierung zwischen den unterschiedlichen Voraussetzungen eines „nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauchs“ gemäß § 459 Abs. 1 und der „Zusicherung einer Eigenschaft“ gemäß § 459 Abs. 2 anzunehmen sei.

Für § 459 Abs. 2 steht dabei mit den Motiven fest, daß „allgemeine Anpreisungen der Sache, wie sie im Verkehre üblich sind, nicht als Zusicherung im Sinne des Gesetzes aufzufassen sind“.¹¹⁴ „Bloße, wenn auch ernstgemeinte Angaben oder Auskünfte des Verkäufers genügen also nicht; sie kommen lediglich im Rahmen des ‚subjektiven‘ oder ‚konkreten‘ Fehlerbegriffs für die Beantwortung der Frage in Betracht, ob ein Fehler im Sinne einer Abweichung von der nach dem Vertrage vorausgesetzten Beschaffenheit vorliegt.“¹¹⁵

Allein aus der Tatsache, daß der zu den weiterreichenden rechtlichen Konsequenzen des § 463 führende § 459 Abs. 2 eine *vertragliche* Zusicherung erfordert, kann jedoch nicht e contrario gefolgert werden, daß bei § 459 Abs. 1 eine vertragliche Absprache über den Gebrauchszweck nicht erforderlich ist, sondern eine Abrede über eine Art „Geschäftsgrundlage“ genügen kann. § 459 Abs. 1 ist der entscheidende Ansatzpunkt für eine gesetzliche Haftung aus Gewährleistung im Regelfall, deren Rechtsgrund vor allem in der Verletzung des zumindest subjektiven Äquivalenzverhältnisses der auszutauschenden Güter zu sehen ist,¹¹⁶ während bei § 459 Abs. 2 der verpflichtende Charakter eines vertraglichen „Garantieversprechens“¹¹⁷ im Vordergrund steht; der Garantiewille ist das für § 459 Abs. 2 Charakteristische; er qualifiziert die vertragliche Abrede. Zudem können im Rahmen des § 459 Abs. 2 nach heutiger Auffassung Eigenschaften einer Kaufsache zugesichert werden, deren Fehlen ohne diese Zusicherung gerade nicht zur Bejahung des Vorliegens eines Fehlers im Sinne des § 459 Abs. 1 führen kann: Z.B. kann die Entwicklung des Umsatzes eines zu verkaufenden Geschäftsbetriebs oder die Produktionsverbesserung einer zum Zweck einer Rationalisierungsinvestition erworbenen Maschine Gegenstand einer Zusicherung gemäß § 459 Abs. 2 sein, obwohl sie regelmäßig keinen Ansatzpunkt für die Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen gemäß § 459 Abs. 1 bilden können; ihr Fehlen ist kein Fehler im Sinne des Fehlerbegriffs des § 459 Abs. 1. Aus dem rechtssystematischen Verhältnis von § 459 Abs. 1 zu § 459 Abs. 2 lassen sich daher keine sicheren Rückschlüsse für die gestellte Frage nach der Rechtsnatur der Bestimmung des „nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauchs“ in § 459 Abs. 1 ziehen.

¹¹⁴ Vgl. Motive II, 225.

¹¹⁵ Larenz, Schuldrecht, BT, S. 39.

¹¹⁶ Vgl. zum Rechtsgrund der Gewährleistung den Überblick bei Herberger, S. 24ff., sowie Larenz, Schuldrecht, BT, S. 60; Flume, Eigenschaftsirrtum und Kauf, S. 42; Esser/Weyers, S. 37, 38; Fikentscher, S. 376f.

¹¹⁷ Vgl. Motive II, 225 („Gesetzliche Haftung“). Bedeutung erlangt dabei vor allem, daß die Rechtsprechung ursprünglich vom objektiven Fehlerbegriff ausging und diesen in § 459 Abs. 1 BGB niedergelegt sah. Vgl. Immenga, AcP 171 (1971) 6.

Aber auch eine Durchsicht der Rechtsprechung kann diese Frage, ob bei § 459 Abs. 1 zur Festlegung eines „nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauchs“ eine rechtsgeschäftliche Abrede notwendig ist oder schon eine Übereinstimmung zwischen den Parteien hinsichtlich einer „Geschäftsgrundlage“ genügt, nicht zweifelsfrei klären. Eine höchstrichterliche Grundsatzentscheidung, die zumindest eine vorläufige Klärung dieser Streitfrage für die Praxis geben könnte, steht noch aus; es bleibt nur die Auslegung und Bewertung sich zum Teil in diesem Punkt widersprechender Entscheidungen, die die Verfolgung einer klaren Linie vermissen lassen.¹¹⁸ Knöpfle¹¹⁹ meint unter Hinweis auf BGH 25. 1. 1961,¹²⁰ der BGH verlange keine „vertragliche Vereinbarung“. Tonner¹²¹ meint demgegenüber unter Hinweis auf BGHZ 16, 55, der BGH lege den Fehlerbegriff in diesem Punkt „eng“ aus, so daß eine vertragliche Zweckbestimmung notwendig sei.

Schon das Reichsgericht formulierte in RGZ 67, 87: „Denn das Fehlen der bloß vorausgesetzten, nicht vertraglich zugesicherten Höhe des bisherigen Ertrags einer Sache oder eines Geschäftsbetriebs ist grundsätzlich überhaupt kein Fehler im Sinne des § 459 BGB . . .“. Deutlicher liest man in RGZ 70, 86: „Das Gesetz bedient sich der Wendung, es komme darauf an, welcher Gebrauchszweck nach dem Vertrage vorausgesetzt war . . . Die dem Verkäufer erkennbare Zweckbestimmung der Kaufsache genügt nicht zur Annahme eines nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauchs. Es muß vielmehr eine ausdrückliche oder stillschweigende Willenseinigung beider Teile vorhanden sein, daß die Kaufsache zu einem bestimmten Zwecke geeignet sein müsse. Mit anderen Worten: Die Zweckbestimmung muß zum Vertragsinhalt geworden sein, wenn der besondere Gebrauch als vom Vertrage (d.h. vertraglich) vorausgesetzt angenommen werden soll.“

Unter Hinweis auf diese vorstehend wiedergegebenen Urteile findet man dann aber in RGZ 131, 352: „Dabei ist nicht beachtet, daß die Annahme eines nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauchs nicht schon dann gerechtfertigt ist, wenn dem Verkäufer die Zweckbestimmung bekannt ist, die der Käufer der Kaufsache zu geben beabsichtigt, daß vielmehr diese Zweckbestimmung für beide Teile Geschäftsgrundlage geworden sein muß (RGZ, Bd. 67, S. 87; Bd. 70, S. 86).“¹²²

In einer BGH-Entscheidung,¹²³ die auf dieses zuletzt wiedergegebene Reichsgerichtsurteil verweist, findet sich folgende Aussage:

„Es ist der Revision zwar zuzugeben, daß nach herrschender Ansicht die dem Verkäufer erkennbare Zweckbestimmung der Kaufsache für sich allein noch nicht genügt, um daraus zu folgern, daß nach dem Vertrage ein entsprechender Gebrauch vorausgesetzt sei, vielmehr wird

¹¹⁸ Staudinger/Honsell, § 459, Rdz. 26; s. oben, Fußn. 98.

¹¹⁹ Vgl. Knöpfle, JZ 1978, 123.

¹²⁰ BB 1961, 305 = LM, § 459, Nr. 10. Weiterhin verweist Knöpfle auf BGH 26. 11. 1957, JZ 1958, 309. Knöpfle lehnt selbst aber diese Meinung unter Hinweis auf den Wortlaut des Gesetzes ab.

¹²¹ Tonner, in Verbraucherrecht, Gruppe 20, Rdz. 7.

¹²² Diese RG-Urteile wurden vorab referiert.

¹²³ BGH 25. 1. 1961, BB 1961, 305 (gekürzte Wiedergabe), AZ: VIII ZR 70/60; S. 4, 5 des Originalurteils = LM, § 459, Nr. 10.

eine Willenseinigung beider Teile dahin verlangt, daß die Kaufsache zu einem bestimmten Zweck geeignet sein müsse, dabei kann allerdings, was für die Praxis von besonderer Bedeutung ist, der beiden Teilen bekannte Verwendungszweck auch stillschweigend zur Vertragsgrundlage gemacht werden, es genügt mithin, daß die betreffende Zweckbestimmung gewissermaßen für beide Teile Geschäftsgrundlage geworden ist. Nicht entscheidend ist daher, daß die Bestellung vom 21. Januar 1950 und der schriftliche Vertrag vom 1./22. Dezember 1950 keine Angaben über die vorgesehene Art der Verwendung des Buches enthalten, denn nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ist entgegen der Meinung der Revision hier eine stillschweigende Vereinbarung hinsichtlich des nach dem Willen der Parteien vorausgesetzten Gebrauchs zustande gekommen.“

Näher mit dieser Frage hat sich der BGH auch in seiner Entscheidung BGHZ 16, 54 befaßt. Einem Arzt war ein Ultraschallgerät als Heilgerät mit bestimmten medizinischen Verwendungsmöglichkeiten, die in einer Werbeschrift aufgeführt waren, verkauft worden. Das Gericht lehnte, als sich die angekündigte Indikationsbreite als nicht richtig erwies, das Vorliegen eines Fehlers gemäß § 459 Abs. 1 BGB ab:

„Die Brauchbarkeit der Sache hängt von dem Zweck ab, dem sie gerade dienen soll, und dieser bestimmt sich nach dem Vertrag... Die in dem von der Klägerin übermittelten Werbeschriften vertretene Auffassung über die Anwendbarkeit der Ultraschallbehandlung könne der Klägerin nicht mit der Wirkung zugerechnet werden, daß damit die Tauglichkeit der Ultraschallbehandlung nach dem Verträge vorausgesetzt werde... Damit ist auch festgestellt, daß die Angabe einer Indikationsbreite des Gerätes für 47 Krankheiten... nicht zum Vertragsinhalt erhoben, mit dieser Angabe also nicht der vorausgesetzte Gebrauch vertraglich festgelegt worden ist.“

Ähnliches liest man auch in der Entscheidung des BGH vom 13. 2. 1958:

„Sollte nach dem Inhalt des Vertrages der Parteien die Verwendbarkeit der Weltgeschichte zu Unterrichtszwecken in Oberschulen vereinbart gewesen sein, so würde das Berufungsgericht auch zu prüfen haben, ob... die Anwendung des § 459 Abs. 1 in Frage kommen kann.“¹²⁴

Diese Rechtsprechungsgrundsätze zusammenfassend, lassen sich folgende Feststellungen treffen: Zur Bestimmung des vertraglich vorausgesetzten Gebrauchs i. S. des § 459 Abs. 1 ist ein bloßes Motiv oder eine einseitige Zweckbestimmung z. B. seitens des Käufers jedenfalls nicht ausreichend; erforderlich ist eine zumindest stillschweigende Willenseinigung der Parteien, daß die Kaufsache zu einem bestimmten Zweck geeignet sein soll. Die Rechtsprechung läßt es aber auch in bestimmten Einzelfällen genügen, daß die „betreffende Zweckbestimmung gewissermaßen für beide Teile Geschäftsgrundlage geworden ist“.¹²⁵

Honsell¹²⁶ kritisiert zu Recht diese Aussage: „Der BGH übersieht, daß beides zugleich nicht richtig sein kann. Entweder verlangt man, daß die Zweckbestimmung Vertragsinhalt geworden ist oder man hält die bloße Geschäftsgrundlage – im Sinne eines beiderseitigen Motivirrtums... – für ausreichend, läßt also geringere Anforderungen genügen.“

¹²⁴ BGH 13. 2. 1958, JZ 1958, 310.

¹²⁵ BGH 25. 1. 1961, BB 1961, 305.

¹²⁶ Staudinger/Honsell, § 459, Rdz. 26.

Diese unklare Rechtssituation erschwert es in jedem Fall dem Käufer, im Falle einer (möglicherweise) fehlerhaften Warenlieferung bei der Geltendmachung seiner Rechte sichergehen zu können; in Zweifelsfällen wird ein vorsichtiger oder ängstlicher Verbraucher sowie dessen anwaltschaftlicher Vertreter von einer Anspruchsstellung absehen; das Risiko, einen Prozeß vor einem derartig unklaren rechtlichen Hintergrund führen zu müssen, der ohnehin nur zu einer Wandelung oder Minderung gemäß § 462 führen könnte, kann im Einzelfall zu groß sein.

Aber auch wenn man richtigerweise mit einer käuferfreundlichen Auslegung der Rechtsprechung des BGH davon ausgeht, daß eine Art „Geschäftsgrundlage“ zwischen den Parteien genügen kann, um einen nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch festzulegen,¹²⁷ ist es schwierig, die rechtliche Relevanz von Werbeaussagen zur Bestimmung eines Sachmangels¹²⁸ gemäß § 459 Abs. 1 wegen einer Abweichung der Ist-Beschaffenheit der Kaufsache von der durch die stillschweigende Vereinbarung einer Geschäftsgrundlage definierten Soll-Beschaffenheit festzustellen.¹²⁹ Eines beiderseitigen Motivirrtums, einer Äquivalenzstörung oder einer Zweckvereitelung, d. h. Umstände, die als Voraussetzung für die Heranziehung des Rechtsinstituts des Wegfalls der Geschäftsgrundlage verlangt zu werden pflegen,¹³⁰ bedarf es bei § 459 Abs. 1 zwar nicht; aber es muß sich doch um beim Geschäftsabschluß zutagegetretene und vom Vertragspartner in ihrer Bedeutsamkeit erkannte und nicht beanstandete Vorstellungen des anderen Partners oder um gemeinsame Vorstellungen der mehreren Beteiligten vom Vorhandensein oder vom Eintritt gewisser Umstände handeln, auf deren Grundlage der Geschäftswille sich aufbaut.¹³¹ Problematisch bleibt somit, inwieweit ein Abnehmer davon ausgehen kann, daß

¹²⁷ Dies würde auch der weiten Auslegung des § 119 Abs. 2 als Sonderregelung des Motivirrtums entsprechen, die vorstehend befürwortet wurde, s. oben III.4.3.

¹²⁸ Insofern mißverstehen Mezger, RGRK, § 459, Rdz. 5, die Bedeutung der „Geschäftsgrundlagentheorie“ der Rechtsprechung; sie verweist nicht auf die Rechtsfolgenseite des Instituts des Wegfalls der Geschäftsgrundlage (Vertragsanpassung), sondern will die rechtliche Voraussetzung der Sachmängelhaftung gemäß § 459 Abs. 1 (Fehler) danach bestimmen, ob eine vertragliche Gebrauchsbestimmung i. S. dieser Vorschrift auch in Form einer stillschweigenden Abrede über eine Geschäftsgrundlage zwischen den Parteien getroffen worden ist; die Rechtsfolgen bestimmen sich immer gemäß §§ 459, 462.

¹²⁹ Larenz, Geschäftsgrundlage, S. 22: „... als Fehler der Sache gilt, was ‚der gemeinsamen Voraussetzung der Parteien über die Beschaffenheit der Kaufsache nicht entspricht‘. Anders ist es freilich, wenn sich die Abweichung von der beiderseitig vorgestellten Eigenschaft nur zuungunsten des Verkäufers auswirkt – dann liegt ein ‚Fehler‘ nicht vor, die Gewährleistungsvorschriften kommen nicht in Betracht, und daher muß hier dem Verkäufer nicht die Irrtumsanfechtung, sondern auch die für ihn günstigere Berufung auf das Fehlen der GG gestattet sein.“

Letzteres wird aber im Verbraucheralltag regelmäßiger der Fall sein.

¹³⁰ Vgl. zu diesen Fallgruppen statt vieler Larenz, Schuldrecht, AT, S. 263 ff.; Medicus, Rdz. 165; Fikentscher, S. 113 ff.; Köhler, H., Unmöglichkeit und Geschäftsgrundlage bei Zweckstörungen im Schuldverhältnis, S. 80 ff.; Staudinger/Weber, § 242, Rdz. E 21 ff.

¹³¹ So lautet die grundlegende sog. Oertmannsche Formel, Oertmann, P., Die Geschäftsgrundlage, S. 37; s. ähnliche Ansätze in EKAbschlußG und EKG, s. unten III.7.3. Ablehnend dazu s. RGRK, § 459, Rdz. 21.

anlässlich der Vertragsanbahnung gemachte Werbeangaben als Geschäftsgrundlage zugrunde gelegt werden können. Als möglicher Anknüpfungspunkt könnten die konkreten Vertragsverhandlungen der Parteien im Einzelfall herangezogen werden;¹³² wenn im Zusammenhang mit den dabei ausgetauschten Erklärungen und Produktinformationen ausdrücklich oder stillschweigend auf bestimmte Werbeangaben Bezug genommen wird, auch wenn diese nur vom Hersteller verbreitet oder z.B. nur auf der Produktverpackung wiedergegeben werden, könnte dies als die Festlegung einer „Geschäftsgrundlage“ bezüglich des gemäß § 459 Abs. 1 „nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauchs“ der Kaufsache betrachtet werden. Ein derartiger Hinweis auf Werbeangaben kann sowohl seitens des Käufers als auch des Verkäufers erfolgen;¹³³ er muß nur so deutlich und für den anderen verständlich erfolgen, daß der Geschäftspartner erkennt bzw. aufgrund allgemeiner Sorgfaltspflichten bei der Vertragsanbahnung erkennen muß, daß bestimmte Werbeangaben als zum Inhalt der vertraglichen Vorverhandlungen zwischen Käufer und Verkäufer gehörig betrachtet werden sollen. Der Verkäufer muß z.B. erkennen können, daß der Käufer von bestimmten Produktinformationen Kenntnis hat und diese für ihn beim Geschäftsabschluß von nicht völlig untergeordneter Bedeutung sind. Im Einzelfall wird man daher auf den Inhalt des Verkaufsgesprächs abzustellen haben und dabei die jeweiligen konkreten Informationen des Verkäufers, aber auch die Art und Weise der Offenbarung der individuellen Interessen des Käufers berücksichtigen müssen.¹³⁴ Hier eröffnet sich ein weites Feld einer möglichen Rechtsfortbildung der Gewährleistungsvorschriften durch eine differenziertere Auslegung des § 459 Abs. 1 durch die Rechtsprechung; das Feld scheint von den Gerichten aber noch nicht betreten zu werden.

Als Sanktion einer solchermaßen fehlerhaften Leistung gemäß § 459 Abs. 1 könnte sich freilich gemäß § 462 allenfalls ein Anspruch des Käufers beim Stückkauf auf Wandelung oder Minderung ergeben; Schadensersatzansprüche bleiben ausgeschlossen.¹³⁵

7.2.2.2. Die Grenzen des Fehlerbegriffs der §§ 459ff. BGB

Neben diesen speziellen Schwierigkeiten der Bestimmung des gemäß § 459 Abs. 1 nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauchs gibt es aber auch noch weitere, wesentlich einschneidendere Probleme des Fehlerbegriffs, die die bürgerlich-rechtliche Sachmängelhaftung zuungunsten des Käufers beeinflussen und diese für die

¹³² Vgl. den parallelen Ansatzpunkt in EKAbschlußG und EKG, s. unten III.7.3. S. auch Larenz, Schuldrecht, BT, S. 35: „Meist wird sich der Käufer vor dem Kaufabschluß bei dem Verkäufer erkundigen, welcher Art dieser Gegenstand ist ...“.

¹³³ Der Käufer kann z.B. äußern, er beziehe sich auf eine bestimmte Werbeanzeige, oder die Frage stellen, ob die auf der Produktpackung angegebenen Funktionsbeschreibungen einer Ware auch tatsächlich der Wahrheit entsprächen; der Verkäufer kann z.B. auf Angaben in Katalogen oder sonstige Produktinformationen hinweisen.

¹³⁴ Reich, N., Schuldrechtliche Informationspflichten gegenüber Endverbrauchern, NJW 1978, 513ff.

¹³⁵ S. unten 8. dazu die Kritik.

heutigen wirtschaftlichen Massenaustauschgeschäfte in der Praxis als nicht mehr ausreichend erscheinen lassen. In vielen Fällen wird das Fehlen von bestimmten kaufentscheidenden Funktionen, fernerliegenden Umweltbeziehungen oder kommerziellen Verwendungsmöglichkeiten der Kaufsache nicht als ein „Fehler“ betrachtet, weil es sich nicht um eine „Beschaffenheit“ des Kaufgegenstandes handelt; „fehlerhaft“ gemäß § 459 Abs. 1 kann nach h.M. nur die „Beschaffenheit“ einer Kaufsache sein. Es muß sich also grundsätzlich um eine physische Komponente derselben handeln.¹³⁶ Auch der BGH spricht ausdrücklich von einer dem Kaufgegenstand „anhaftenden Eigenschaft“.¹³⁷ Insbesondere ist der Marktwert einer Sache im Sinne der Angemessenheit ihres Kaufpreises keine für § 459 Abs. 1 relevante Eigenschaft; im Falle einer Preistäuschung, etwa wenn der Verkäufer einen falschen Vergleichspreis oder Neupreis für die Kaufsache angibt, liegt nach h.M. kein Fehler der Kaufsache vor.¹³⁸

Als „Beschaffenheit“ einer Kaufsache werden zwar nicht nur die ihr zukommenden natürlichen Eigenschaften anerkannt, sondern auch ihre Umweltbeziehungen, sowie alle tatsächlichen, rechtlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse, die nach Art und Dauer und nach der Verkehrsanschauung einen Einfluß auf die Brauchbarkeit oder Wertschätzung der Sache auszuüben pflegen.¹³⁹

So klar diese Aussage in der Theorie ist, soviel Schwierigkeiten bereitet der Gesichtspunkt der Beziehungen der Kaufsache zu ihrer Umwelt der Praxis im konkreten Einzelfall. Veranschaulicht werden kann dies durch eine Entscheidung des BGH:¹⁴⁰ Ein Sägewerksunternehmen wollte eine Handkreissäge durch eine elektrische Maschine ersetzen lassen. Die kontaktierte Maschinenfabrik schickte einen Vertreter, der den Kaufwilligen über die Eigenschaften der von der Fabrik hergestellten Maschine unterrichten sollte. Insbesondere wurden beim Verkaufsgespräch Probleme des Aufstellungsortes und des elektrischen Anschlusses erörtert, wobei

¹³⁶ Motive II, 224; die h.M. darstellend, s. Esser/Weyers, S. 35ff.; Staudinger/Honsell, § 459, Rdz. 17; RGRK, § 459, Rdz. 4; Koller, Risikozurechnung, verweist insoweit auf den Gesetzeswortlaut „behaftet“; vgl. S. 339.

¹³⁷ BGH 12. 11. 1969, NJW 1970, 653 (655) mit Anm. v. Putzo; die Rechtsprechung ist insoweit jedoch nicht einheitlich, vgl. OLG Celle, BB 1970, 9 (Fehler eines Kfz, daß dessen Produktion eingestellt wurde); RGZ 161, 335 (Bebaubarkeit des Nachbargrundstücks als Fehler des verkauften Grundstücks).

¹³⁸ Kritisch dazu Trinkner, BB 1975, 1493; Esser/Weyers, S. 37: „In Wirklichkeit ist natürlich der Handelswert eines Gegenstandes eine Umweltbeziehung wie andere auch, und zwar für den Kaufmann die wichtigste. Das eigentliche Problem liegt hier darin, daß die Gerichte hindurchsteuern müssen zwischen der Scylla der Rechtsunsicherheit und der Charybdis der Vernachlässigung des auch unserem Vertragsrecht innewohnenden Strebens nach Äquivalenz zwischen Preis und Ware.“ Vgl. das Parallelproblem bei § 119 Abs. 2, s. oben 4.3.; sowie bei § 138, s. oben 5.2.1. und 2.

Eine Preistäuschung, s. oben I.4.1. Beispielsfall, kann daher bürgerlich-rechtlich nur innerhalb der engen Grenzen des § 123 rechtsgeschäftlich sanktioniert werden; s. dazu oben III.4.6.

¹³⁹ Statt vieler RGRK, § 459, Rdz. 5; Fikentscher, S. 382; Esser/Weyers, S. 37; besonders weit dehnt neuerdings den subjektiven Fehlerbegriff aus Larenz, Schuldrecht, BT, S. 36, 38; s. unten bei Fußn. 145.

¹⁴⁰ BGH 31. 1. 1962, NJW 1962, 1196.

der Vertreter den vorgesehenen Platz am Aufstellungsort selbst ausmaß und für ausreichend erklärte. In Wirklichkeit war der Aufstellplatz zu klein, der Vertreter hatte falsch gemessen, was der Käufer bei Eintreffen des Fundamentplanes feststellen mußte. In dem beim Geschäftsabschluß benutzten Kaufformular war die Haftung des Verkäufers für Mängel einschließlich fehlender zugesicherter Eigenschaften auf Nachbesserung und Ersatzlieferung beschränkt. Aus technischen Gründen mußte die Möglichkeit einer Nachbesserung ausgeschlossen werden.

Nicht nur wegen der Vereinbarung dieses Gewährsmängelausschlusses, den das Gericht für wirksam erachtete, mußte der BGH auf die Verletzung einer selbständigen Nebenverpflichtung auf Auskunftserteilung durch den Verkäufer zurückgreifen, denn die Ungeeignetheit, die gekaufte Maschine an dem dafür bestimmten Platz des Käufers aufstellen zu können, kann nicht als ein Fehler der Kaufsache selbst angesehen werden. Die räumliche Beschaffenheit des Aufstellungsortes ist nicht eine Beschaffenheit des Kaufobjekts. Dieses Beispiel zeigt, daß bei Kaufabschlüssen nicht nur bestimmte Faktoren einer Kaufsache selbst, die als deren Eigenschaft bzw. Beschaffenheit qualifiziert werden können, kaufentscheidend sind, sondern auch sonstige, häufig rein wirtschaftliche Gegebenheiten, wie z.B. die Ertragsfähigkeit eines Geschäftes,¹⁴¹ die vom Verkäufer im Zuge der Vertragsanbahnung als für den Käufer besonders vorteilhaft herausgestellt werden, obwohl sie vom Fehlerbegriff gemäß § 459 nicht erfaßt werden können. Dazu wird der Fehlerbegriff in der Praxis bislang zu eng ausgelegt. Es kann sich um Umstände einer Kaufsache handeln, die vom Fehlerbegriff wegen seiner immanenten Grenzen überhaupt nicht zu erfassen sind; das Ausbleiben von bestimmten in der Werbung angekündigten Wirkungen, z.B. eines Medikaments, kann regelmäßig nicht als ein Fehler einer Kaufsache betrachtet werden.

Honsell¹⁴² kritisiert dabei zu Recht die subtilen Unterscheidungen zwischen der „Beschaffenheit“ und der „Eigenschaft“ einer Kaufsache, und auch Herberger¹⁴³ wendet sich gegen allzu gekünstelte, lebensfremde Differenzierungen zwischen der „Gebrauchsvereinbarung“ und „Eigenschaftsvereinbarung“ bei § 459. Wegen der Orientierung des Fehlerbegriffs am Modellfall des Kaufs einer Speziessache ist der Regelungsbereich der Gewährleistungshaftung schon vom Prinzip her zu eng gesteckt und insoweit auch kaum erweiterungsfähig. In einer modernen Industriegesellschaft werden ökonomische Austauschverhältnisse auch von Gesichtspunkten bestimmt, die sich begrifflich nicht als eine „Eigenschaft“ oder in Funktion der „Beschaffenheit“ einer Kaufsache erfassen lassen. Je technisch komplizierter und damit für den Abnehmer undurchschaubarer ein Kaufgegenstand wird, z.B. eine moderne Stereoanlage, desto weniger kann sich der Käufer allein mit „Beschaffen-

¹⁴¹ Vgl. dazu insbesondere Immenga, AcP 171 (1971), S. 1 ff.; vgl. in diesem Zusammenhang auch den relativ einfach gelagerten Fall BGH 14. 7. 1978, NJW 1979, 33 (Fehlbestand an Gerüsten als Sachmangel beim Kauf eines Gerüstbauunternehmens); s. auch Baur, J. F., Die Gewährleistungshaftung des Unternehmensverkäufers, BB 1979, 381 ff.

¹⁴² Staudinger/Honsell, § 459, Rdz. 17.

¹⁴³ Herberger, S. 62 f.; vgl. auch Pecher, S. 96 ff.

heitsangaben“ begnügen. Häufig wird er weit mehr auf Angaben der Angebotsseite über Funktion, Wirkung oder Zweck bzw. Effekt („zweidimensionales Hören“) vertrauen müssen. Hier sind aber dem Fehlerbegriff Grenzen gesteckt, die auch bei einer noch so käuferfreundlichen erweiternden Auslegung des § 459 nicht durchbrochen werden können.¹⁴⁴ Vor allem, wenn ein Käufer einen speziellen, etwa individuell besonders zweckorientierten Bedarf durch ein Kaufgeschäft decken will und deswegen einen Gegenstand begehrt, der eine bestimmte Funktion oder Eignung gerade für ihn haben muß, die durch bestimmte Gegebenheiten und Vorstellungen aus seiner eigenen Sphäre näher definiert werden, bleibt ihm nur die Möglichkeit, sich insoweit eine Zusicherung gemäß § 459 Abs. 2 vom Verkäufer geben zu lassen. Angestelltem Verkaufspersonal wird dies freilich oft nicht erlaubt sein; es scheint zur Geschäftspolitik mancher Unternehmen zu gehören, daß zwar alles mögliche unverbindlich erklärt, aber nichts bindend zugesichert werden darf. Der Weg über § 459 Abs. 2 ist also praktisch oft nicht gangbar. Auf den Ausweg über § 459 Abs. 2 wird im übrigen häufig gerade dann hingewiesen, wenn sich die Reichweite des Fehlerbegriffs gemäß § 459 Abs. 1 als nicht mehr ausreichend zur Regelung von Konflikten aufgrund der Abweichung der Ist-Leistungssituation von der Soll-Leistungssituation bei einem Kaufgeschäft erweist.¹⁴⁵ Bestimmte kaufentscheidende Umstände, z. B. der künftig zu erwartende Mietertrag eines Hauses, können auch bei einer noch so weiten Ausdehnung des subjektiven Fehlerbegriffs im Sinne des § 459 Abs. 1 begrifflich nicht mehr als eine „Beschaffenheit“ der Kaufsache betrachtet werden.¹⁴⁶ Anders würde man aus der speziellen Sachmängelhaftung ein generelles Rechtsinstitut zur Regelung von allgemeinen Leistungsstörungen machen, indem man den Versuch unternähme, auch andere als kaufgegenständlich bedingte Divergenzen zwischen Parteiabrede und Leistungserfüllung als „Sachman-

¹⁴⁴ Pecher, S. 77: „In Wahrheit ist das Kaufrecht des BGB samt dem ihm vorgeordneten allgemeinen Recht der Leistungsstörungen eine so tiefgreifende begriffstechnische und rechtspolitische Fehlleistung, daß demgegenüber die legitimen Mittel der Rechtsfortbildung schon fast versagen.“ S. auch Stoll, AcP 136, 257 ff. (281 f., 317 f.).

¹⁴⁵ S. oben bei Fußn. 112; Knöpfle, JZ 1978, 124; nicht unstrittig ist allerdings, ob die Reichweite von § 459 Abs. 1 sich mit Abs. 2 deckt oder ob eine Zusicherung von „Eigenschaften“ weitergehen kann als ein Fehler in der „Beschaffenheit“ einer Kaufsache; letzterer Auffassung ist der BGH 1. 1. 1969, BB 1969, 1412 (das Fehlen des Originalmotors ist beim Pkw kein „Fehler“, der dessen Brauchbarkeit berührt; dieser Umstand kann aber sehr wohl von einer Zusicherung erfaßt werden); ebenso Fikentscher, S. 381; Palandt Putzo, § 459, Anm. 4; Staudinger Honsell, § 459, Rdz. 16; RGRK, § 459, Rdz. 23; Larenz, Schuldrecht, BT, 11. Aufl., S. 38; s. oben bei Fußn. 117 ff.

A. A. vom Standpunkt der extrem subjektiven Fehlertheorie aus Immenga, AcP 171, 1 ff.; Erman Weitnauer, Anm. 6 vor § 459; Larenz, Schuldrecht, BT, 12. Aufl., S. 38; eine genauere Begründung für diesen Meinungsumschwung wird von Larenz nicht gegeben; auch dies zeigt, wie sehr auf diesem Gebiet die Dinge in Fluß sind; vielleicht will Larenz damit der Kritik Herbergers Rechnung tragen und so eine erste Annäherung des deutschen Gewährleistungsrechts an das EKG versuchen, vgl. dazu Art. 33 EKG; auch das EKG unterscheidet nicht zwischen einem „Fehler“ und dem „Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft“; s. unten 7.3.

¹⁴⁶ Dies übersieht Larenz, Schuldrecht, BT, S. 38.

gel“ zu qualifizieren. Hier bedarf es vielmehr einer grundlegenden Überarbeitung und Abstimmung des Sachmängelrechts mit dem Recht der allgemeinen Leistungsstörungen durch den Gesetzgeber;¹⁴⁷ anders wird die seit der Schaffung des BGB andauernde Diskussion über die Reichweite des Instituts der Sachmängelhaftung und damit zusammenhängend über den Inhalt des Fehlerbegriffs gemäß § 459 Abs. 1 nicht einer akzeptablen Lösung nähergebracht werden können. Die gegenwärtig aus diesem Meinungsstreit über die Reichweite des Fehlerbegriffs resultierende Rechtsunsicherheit geht auf jeden Fall vorwiegend zu Lasten des Käufers: Er kann in vielen Fällen seiner Rechte nicht sicher sein, und zwar gerade dann nicht, wenn es um das Vertrauen auf Werbeversprechen geht.

7.2.3. Die Zusicherung von Eigenschaften – § 459 Abs. 2 BGB

Waren es bei § 459 Abs. 1 z. T. nur Auslegungsunklarheiten, die zu einer Beeinträchtigung der Rechtsposition der Abnehmer führen können, ist es bei § 459 Abs. 2 die betrübliche Gewißheit, daß nach bislang herrschender Meinung Werbeangaben typischerweise nicht als Zusicherung von Eigenschaften gemäß § 459 Abs. 2 betrachtet werden können.¹⁴⁸ Dies stellt vor allem auch deswegen eine einschneidende Benachteiligung der Abnehmerseite dar, weil als Rechtsfolge gemäß § 463 der dem Käufer besonders günstige Schadensersatzanspruch gegeben wäre.¹⁴⁹ Diese Situation wird durch eine grundsätzlich restriktive Interpretation des § 459 Abs. 2 bewirkt. Bloße „Tatsachenangaben“ oder „werbliche Anpreisungen“ sollen dem hochgesteckten Erfordernis einer Risikoübernahme im Sinne eines zum Kaufvertrag abgegebenen „Garantieversprechens“¹⁵⁰ nicht genügen.

Die h. M. will freilich gerade wegen der schwerwiegenden Rechtsfolge des § 463

¹⁴⁷ Wolf, A., Weiterentwicklung und Überarbeitung des Schuldrechts, ZRP 1978, 249 ff.

¹⁴⁸ Vgl. insbesondere RGZ 161, 330 (336); BGHZ 48, 118 (124); 51, 91 (100): „In seinem Urteil BGHZ 48, 118 hat er (der VIII. Zivilsenat) es abgelehnt, der Werbung haftungsbegründende Kraft zuzulegen. Daß sie im Ringen um den ‚König Kunden‘ immer umfangreicher und betriebswirtschaftlich gesehen, immer bedeutungsvoller geworden ist, besagt noch nicht, daß ihr rechtlich die Bedeutung einer Haftungszusage zukäme.“ Vgl. auch zur Relevanz von Prüf- und Gütezeichen BGH 14. 5. 1974, GRUR 1975, 150 mit kritischer Anmerkung von Schriker, GRUR 1975, 111 ff. Vgl. weiterhin BGH 25. 9. 1968, NJW 1968, 2238 (Dieselöl); LG Köln, NJW 1972, 1580.

Aus der Literatur vgl. statt vieler RGRK, § 459, Rdz. 21; Staudinger/Honsell, § 459, Rdz. 60 ff., 72 f.; Soergel/Siebert, § 459, Rdz. 24; Erman/Weitnauer, § 459, Anm. 27; Medicus, Rdz. 359.

Kritisch insbesondere Reich/Tonner, Werbung, zugesicherte Eigenschaften und Verbraucherschutz, JuS 1975, 576 ff.; Reich/Tonner/Wegener, S. 148 ff.; Tonner, in Verbraucherrecht, Gruppe 20, Rdz. 8 ff. (10); Westermann, AcP 178, 178; Löwisch/Denk, Vertragliche Schuldverhältnisse, S. 40 ff.; Esser/Weyers, S. 41, 42; Trinkner, BB 1975, 1493.

¹⁴⁹ Zur Problematik des Schadensersatzes gemäß § 463 für Mangel- und Mangelfolgeschäden s. statt vieler Diederichsen, U., Schadensersatz wegen Nichterfüllung und Ersatz von Mangelfolgeschäden, AcP 165, 150 ff.; Peters, F., Mangelschäden und Mangelfolgeschäden, NJW 1978, 665 ff.; Medicus, Rdz. 351 ff.; Larenz, Schuldrecht, BT, S. 54.

¹⁵⁰ Esser/Weyers, S. 41.

so hohe Anforderungen an die Zusicherung stellen: „Bloße Werbeanpreisungen oder übertriebene Beschreibungen der Wareneigenschaften genügen nicht. Entscheidend ist der Garantie- und Einstandswille, der grundsätzlich nur in engen Grenzen anzunehmen ist, weil sich daran die Schadensersatzpflicht des § 463 BGB knüpft.“¹⁵¹

In bestimmten Fällen ist die Rechtsprechung freilich ausnahmsweise mit der Bejahung einer Zusicherung gemäß § 459 Abs. 2 relativ schnell bei der Hand gewesen, indem sie die Rechtsfigur der stillschweigenden bzw. konkludenten Zusicherung zur Anwendung brachte, so etwa im Fensterlack-Fall:¹⁵² Der Käufer eines Fensterlackes wollte als Hersteller von Holzfenstern diese künftig auch selbst lackieren. Er wandte sich an eine Lackfabrik. Diese führte mit den vom Käufer verwendeten Holzarten Versuche durch, empfahl einen bestimmten Lack und überwachte sogar

¹⁵¹ Vgl. Fikentscher, S. 387; für eine Auktions-Kataloghaftung v. Westerholt/Graupner, Zur Haftung für die Echtheit von Kunstgegenständen, NJW 1978, 794 ff.; Katalogangaben erfolgen allerdings regelmäßig „ohne Gewähr“. Eine derartige Freizeichnung wird auch grundsätzlich für zulässig erachtet.

¹⁵² BGHZ 59, 158. Kritisch dazu Teichmann/Hansen, Zur Zusicherung nach § 463 BGB, NJW 1973, 20 ff.; v. Westphalen, Anmerkung zu diesem Urteil, BB 1972, 1070; Hüffner, U., Zusicherung von Eigenschaften der Kaufsache durch schlüssiges Verhalten und Haftung für Entwicklungsschäden, JuS 1973, 606.

Zur uneinheitlichen Entwicklung der BGH-Rechtsprechung zur Zusicherung gemäß § 459 Abs. 2 BGB vgl. BGH 20. 12. 1965, VersR 1966, 241 (Ziegelsteine): Hier nahm der BGH im Gegensatz zur Vorinstanz an, daß ein Kaufvertrag über eine Ziegellieferung mit einer bestimmten Druckfestigkeit je qcm abgeschlossen worden war; in BGHZ 48, 118 (Trevira) hat der BGH ausgeführt, daß Werbeangaben generell keine Zusicherung einer Eigenschaft beinhalten können, aus der Tatsache einer bestimmten Werbung für eine begleitende Marke hat er aber eine Einstandspflicht abgeleitet, daß in jeder Verarbeitungsstufe die Richtlinien des Herstellers eingehalten werden und daß daher die Ware die Eigenschaften besitzt, welche sich bei einer „trevira-mäßigen“ Behandlung ergeben; im Dieselöl-Fall, BGH 25. 9. 1968, NJW 1968, 2238, entschied der BGH, daß die Bezugnahme auf eine DIN-Vorschrift nur eine bloße Warenbezeichnung sei und deshalb keine Zusicherung begründe. Vgl. weiterhin BGHZ 50, 200 – Klebemittel (Prospektangaben als Gegenstand des Kaufvertrags und einer vertraglichen Zusicherung).

Wenn Lorenz, W., RabelsZ 34 (1970) 14 ff. (27 ff.) unter Hinweis auf die Trevira-Entscheidung meinte, diese Entscheidung markiere den Punkt der Rechtsprechung, von welchem ab eine besondere Vertrauenswerbung eine Haftung aus rechtsgeschäftlicher Eigenschaftszusicherung gemäß § 459 Abs. 2 auszulösen geeignet sei, hat dem der BGH in seiner Hühnerpestentcheidung bedauerlicherweise ausdrücklich widersprochen; vgl. BGHZ 51, 91 (100), s. oben bei Fußn. 89; gleiches gilt auch für die Prüfzeichenentscheidung des BGH, 14. 5. 1975, GRUR 1975, 150, s. oben II.3. Beide Entscheidungen ergingen allerdings zur Produzentenhaftung.

Vgl. auch die Darstellung der Rechtsprechungsentwicklung bei Diederichsen, U., Die Dekung des Produkthaftpflichtrisikos im Rahmen der Betriebshaftpflichtversicherung, VersR 1971, 1077 ff. (1081 ff.); RGRK, § 459, Rdz. 21; Marschall von Bieberstein, W., Tendenzen zur Erfüllungshaftung bei Sachmängeln (§ 480 Abs. 2 BGB), in Das Haager einheitliche Kaufgesetz und das deutsche Schuldrecht, S. 21 ff. (24 ff.), jeweils auch mit Hinweisen auf die ältere Rechtsprechung zu den sog. Saatgut-Fällen. Diese Fälle betreffen aber nicht das Problem einer Zusicherung von Eigenschaften durch Vertragsanbahnungsmaßnahmen; vgl. weiterhin Reich/Tonner, JuS 1976., 577; Tonner, in Verbraucherrecht, Rdz. 8 ff.

z. T. die Lackierungsarbeiten bei dem Fensterhersteller. Später verdarben viele Fenster durch Braunfäule. Hier hat der BGH in der Empfehlung zur Verwendung eines bestimmten Lackes eine stillschweigende Zusicherung dessen Gebrauchstauglichkeit gesehen, die sogar später auftretende Entwicklungsschäden mit umfaßte.

Auch ein anderes BGH-Urteil aus jüngster Zeit betrachtete ausnahmsweise einmal eine reine Werbeangabe – die auf einem Verkaufsschild angegebene Kilometerangabe beim Verkauf eines gebrauchten Pkw – als eine stillschweigende Zusicherung einer Eigenschaft gemäß § 459 Abs. 2.¹⁵³ Interessant ist dabei, daß hier der Verkauf durch einen „Fachmann“¹⁵⁴ eine entscheidende Rolle spielte. Ein Gebrauchtwagenhändler bot einen gebrauchten VW-Kombi an, der auf seinem Verkaufsgelände ausgestellt war. Das an dem Fahrzeug angebrachte rote Verkaufsschild trug u. a. den Vermerk: „58 000 km“, die auf der Rückseite des Kaufvertrages aufgedruckten Geschäftsbedingungen enthielten u. a. folgende Klauseln: „... Angaben des Verkäufers über ... Dauer oder Maß der Benutzung sind nur als annähernd zu betrachten. Mündliche Nebenabreden haben keine Gültigkeit. Für zugesicherte Eigenschaften der Kaufsache ist die schriftliche Bestätigung des Verkäufers erforderlich ... Für den Kaufgegenstand wird keine Gewähr geleistet. Ein Anspruch auf Wandelung, Minderung oder Schadensersatz besteht nicht.“

Nach Übernahme des Fahrzeugs bemerkte der Käufer anhand der Durchsicht des Kfz-Briefes, daß der Wagen mit einem ersten Motor bereits 108 000 und schließlich noch mit einem Austauschmotor weitere 58 000 km gelaufen war. Daraufhin focht er den Kaufvertrag wegen arglistiger Täuschung mit der Begründung an, der Beklagte habe ihm sowohl durch die Kilometerangabe auf dem Verkaufsschild als auch durch seinen Verkäufer nochmals ausdrücklich wider besseres Wissen zugesichert, daß es sich um den ersten Motor handle und die Kilometerleistung des Pkw mit dem Tachostand übereinstimme.

Der BGH gab mit einer von der Vorinstanz abweichenden Begründung der Klage auf Rückabwicklung des Austauschverhältnisses im Wege des Schadensersatzes gemäß § 463 statt, indem er eine vom Verkäufer gemäß § 459 Abs. 2 stillschweigend oder durch schlüssiges Verhalten zugesicherte Eigenschaft für gegeben ansah. Eine Eigenschaft könne, wie in Rechtsprechung und Schrifttum seit langem anerkannt sei, vom Verkäufer auch stillschweigend oder durch schlüssiges Verhalten zugesich-

¹⁵³ BGH 25. 6. 1975, NJW 1975, 1693; vgl. dazu Reich/Tonner, Werbung, zugesicherte Eigenschaften und Verbraucherschutz, JuS 1976, 576; Tonner, in Verbraucherrecht, Gruppe 20, Rdz. 9, 10; Reich/Tonner/Wegener, S. 151 ff.; Hager, G., Die Zulässigkeit von Freizeichnungsklauseln im Gebrauchtwagenhandel, NJW 1975, 2276.

Aus der instanzgerichtlichen Rechtsprechung vgl. auch die abnehmerfreundliche Tendenz in OLG Düsseldorf 26. 5. 1971 (Kleber für PVC-Platten), VersR 1972, 671; OLG Köln 19. 10. 1971, NJW 1972, 162 (durch Meisterhand überprüft, TÜV abgenommen mit Garantie); vgl. OLG München, 26. 4. 1974, DB 1974, 1059 (Zusicherung einer bestimmten Fahrleistung); AG Mönchen-Gladbach 16. 6. 1976, NJW 1977, 110 (Kauf eines nicht mehr fabrikneuen Pkw).

Vgl. andererseits aber auch OLG Stuttgart 19. 4. 1968, NJW 1969, 610 (Michelwert einer Briefmarkensammlung).

¹⁵⁴ NJW 1975, 1695; s. auch BGH 29. 1. 1975, NJW 1975, 642.

chert werden. Bei einer derartigen Kilometerangabe auf einem Verkaufsschild handelt es sich um eine für den Gebrauchtwagenhandel typische Willenserklärung:

„Zu Unrecht meint die Beklagte, eine derartige Kilometerangabe sei nur als Wiedergabe des Tachostandes im Zeitpunkt des Verkaufs zu werten. Der Käufer eines Gebrauchtwagens orientiert sich bei seinem Kaufentschluß außer an dem Baujahr und dem Erhaltungszustand des Wagens in erster Linie an der Gesamtfahrleistung. ...

Bei derartigen Angaben handelt es sich auch nicht, wie die Beklagte meint, lediglich um eine unverbindliche Orientierungshilfe, die es dem Kaufwilligen ermöglicht, vor Eintritt in die konkreten Kaufverhandlungen den Kreis der für ihn in Betracht kommenden Fahrzeuge abzugrenzen. Vielmehr wird die Kilometerangabe auf dem Verkaufsschild, sofern die Vertragspartner diesen Punkt nicht besonders aufgreifen, Inhalt des Kaufvertrages. Die damit entscheidende Frage, ob eine derartige Angabe der Gesamtfahrleistung lediglich der Beschreibung der Kaufsache dient (§ 459 I BGB) oder mit ihr eine Eigenschaft zugesichert wird (§ 459 II BGB), bemißt sich nach der für derartige Rechtsgeschäfte typischerweise gegebenen Interessenlage. Verläßt sich ein Käufer auf die besondere, ihm selbst fehlende Sachkunde des Verkäufers und gibt der Verkäufer seine Erklärung in Kenntnis dieses Umstandes ab, so kann dies als erhebliches Indiz für eine stillschweigende Eigenschaftszusicherung sprechen.

So liegt es aber typischerweise beim Gebrauchtwagenkauf. Dem Käufer fehlt in aller Regel hinsichtlich der Feststellung der Fahrleistung nicht nur die erforderliche Sachkunde. ... Versieht er daher bei einer derartigen Sach- und Interessenlage sein Verkaufsschild mit einer Kilometerangabe, so kann und darf der Kaufinteressent, an den diese Erklärung gerichtet ist, nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte davon ausgehen, daß der Händler sich für diese Angabe stark machen, mithin gemäß § 459 II BGB eine entsprechende Eigenschaft zusichern will.“¹⁵⁵

Der Gewährleistungsausschluß durch die Allgemeinen Geschäftsbedingungen wurde unter Hinweis auf Treu und Glauben für unwirksam erklärt:¹⁵⁶

„Die Beklagte hat die Haftung dafür, daß die von ihr angegebene Gesamtfahrleistung nicht entsprechend überschritten war, auch nicht rechtswirksam abbedungen.

Richtig ist allerdings, daß gemäß Abschnitt I Abs. 3 der Geschäftsbedingungen für die Zusage einer Eigenschaft des Kaufgegenstandes die schriftliche Bestätigung des Verkäufers erforderlich ist. Der Senat hat eine vergleichbare Schriftformklausel grundsätzlich als rechtswirksam bezeichnet. In einem Fall wie dem vorliegenden würde sich der Gebrauchtwagenhändler jedoch mit einer Berufung auf die Nichteinhaltung der Schriftform treuwidrig verhalten (§ 242 BGB). Er weiß um die entscheidende Bedeutung, die im Gebrauchtwagenhandel einer derartigen Kilometerangabe für den Kaufentschluß des Käufers zukommt, kennt also die ‚Signalwirkung‘, die gerade insoweit von dem Verkaufsschild ausgeht. Er muß auch redlicherweise damit rechnen, daß der Käufer diesen Angaben – als von einem Fachmann abgegeben – Glauben schenkt und sich auf sie ohne eigene, ihm zumeist gar nicht mögliche Nachprüfung verläßt. Bei einer solchen Sachlage würde es aber gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn der Gebrauchtwagenhändler sich auf eine auf der Rückseite des Kaufantrages formularmäßig angebrachte, in eine Vielzahl von Klauseln unterschiedlichster Bedeutung eingebettete Schriftformklausel berufen, damit seiner Kilometerangabe – von dem für den Käufer erfahrungsgemäß nur schwer nachzuweisenden Fall der arglistigen Täuschung abgesehen – jede Verbindlichkeit nehmen und sie so für den Käufer wertlos machen könnte.“¹⁵⁷

¹⁵⁵ NJW 1975, 1694/1695.

¹⁵⁶ Zur Mängelhaftung trotz formularmäßiger Freizeichnung vgl. auch BGH 10. 10. 1977, NJW 1978, 261; OLG Köln 19. 10. 1971, NJW 1972, 162; OLG München 26. 4. 1974, DB 1974, 1059.

¹⁵⁷ NJW 1975, 1695; kritisch dazu Hager, NJW 1975, 2276.

Dieser Ansatz des Gebrauchtwagen-Urteils ist zu begrüßen, weil der BGH zum ersten Mal eine rein tatsächliche Werbeangabe als eine zumindest stillschweigend abgegebene Willenserklärung aufgrund einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise des typischerweise bei derartigen Austauschgeschäften gegebenen Sachverhalts qualifizizierte. In der Literatur sieht man darin freilich eher eine Schwalbe, die noch keinen Sommer macht.

So meint Tonner:

„Im Moment wäre es übertrieben, aus dem Gebrauchtwagenurteil zu weitgehende Schlußfolgerungen zu ziehen; vielmehr gilt die bisherige Rechtsprechung, die recht hohe Anforderungen an den Begriff der zugesicherten Eigenschaft stellt. Werbung, Markenzeichen, Bezugnahme auf DIN-Vorschriften, Prüf- und Gütezeichen sollen keine zugesicherten Eigenschaften begründen . . . Der BGH will zwar möglicherweise das Signal für eine Tendenzwende setzen, macht aber viele Vorbehalte vor einer zu generellen Auslegung des Urteils.“¹⁵⁸

Optimistischer beurteilt Mezger diese Entwicklung der Rechtsprechung:

„Mit dieser neueren Rechtsprechung, die mit Recht den Verkäufer an seinen Werbeangaben festhält, ist die frühere Rechtsprechung z. T. als überholt anzusehen.“¹⁵⁹

Aber auch Mezger sieht sich im folgenden gezwungen, kritisch auf die Dieselölentscheidung des BGH¹⁶⁰ einzugehen, wonach die bloße Verwendung des Begriffes „Dieselkraftstoff“ noch keine Zusicherung von marktüblichen Mindestanforderungen entsprechend der handelsüblichen DIN-Norm für diesen Kraftstoff darstellt; der Gebrauch der Warenbezeichnung „Dieselkraftstoff“ sei nur ein Hinweis auf eine stillschweigend getroffene Voraussetzung, nicht aber eine Zusicherung von Eigenschaften: „Insbesondere ist das Vorliegen einer DIN-Norm weder mit einer bestimmten Werbung noch mit dem Vorliegen eines Waren- oder Gütenzeichens vergleichbar . . .“¹⁶¹ Dieses obiter dictum des BGH zeigt, wenn man es käuferfreundlich vor dem Hintergrund der Trevira-Entscheidung auslegt,¹⁶² daß schon de lege lata zumindest im Zusammenhang mit anderen Umständen auch Werbeangaben als Anknüpfungspunkt für eine Zusicherung von Eigenschaften gemäß § 459 Abs. 2 herangezogen werden können. Zwar spricht grundsätzlich dagegen, daß auch heute noch immer von der Praxis besonders hohe Anforderungen an eine „Zusicherung“ gestellt werden, in der Weise, daß eine vertragliche Garantieabrede verlangt wird, die zusätzlich zu den rein kaufrechtlichen Parteivereinbarungen erklärt werden muß. Aber ähnlich wie § 459 Abs. 1 könnte auch hier eine differenzierende und

¹⁵⁸ Tonner, in Verbraucherschutz, Gruppe 20, Rdz. 10; vgl. auch Reich/Tonner/Wegener, S. 152; Trinkner, BB 1975, 1493, postuliert daher auch eine Ergänzung des § 459 Abs. 2 durch einen Satz 2 „Als Zusicherung gelten auch Werbeangaben über die Beschaffenheit der Sache.“ Vgl. dazu kritisch Trescher, K., Möglichkeiten und Grenzen des vertraglichen Verbraucherschutzes, BB 1976, 523.

¹⁵⁹ RGRK, § 459, Rdz. 21 (S. 165 unten).

¹⁶⁰ BGH 25. 9. 1968, NJW 1968, 2238; s. oben bei Fußn. 152; vgl. in diesem Zusammenhang auch die Prüfzeichenentscheidung des BGH 14. 5. 1974, GRUR 1975, 150; s. oben II.3.

¹⁶¹ BGH 25. 9. 1968, NJW 1968, 2240.

¹⁶² BGHZ 48, 124.

dabei den gegenwärtigen aktiven Absatzbemühungen der Angebotsseite angemessen Rechnung tragende Weiterentwicklung der Rechtsprechung zumindest innerhalb der immanenten Grenzen des Zusicherungsbegriffes des § 459 Abs. 2 in Richtung auf eine verstärkte Berücksichtigung der rechtlichen Relevanz der bei der Vertragsanbahnung abgegebenen Werbeerkklärungen die Rechtsposition der Abnehmer entscheidend verbessern.¹⁶³ Als ein erster Anstoß für eine derartige höchstrichterliche Weiterentwicklung der Rechtsprechung kann das Gebrauchtwagen-Urteil des BGH betrachtet werden.

Bei dieser Fortschreibung des Kaufrechts und dabei in erster Linie zunächst einmal der Rechtsprechung zur Zusicherung einer Eigenschaft gemäß § 459 Abs. 2 muß selbstverständlich den Interessen der beiden Marktpole, der Angebots- und der Nachfrageseite, gleichermaßen angemessen Rechnung getragen werden. Weder kann jede werbemäßig herausgestellte Aussage, Information oder Anpreisung ohne Rücksicht auf Inhalt und Umstände als eine zum Schadensersatz verpflichtende „Zusicherung“ qualifiziert werden, noch sollte länger der Grundsatz, daß Werbeangaben keinerlei rechtsgeschäftliche Bedeutung im Rahmen der Gewährleistung gemäß §§ 459 ff. besitzen, aufrechterhalten werden. Anknüpfungskriterium für die Entwicklung einer Haftung für Werbeangaben gemäß §§ 459 ff. könnte z. B. die Tatsache sein, daß die Aussage von einem „Fachmann“¹⁶⁴ stammt, oder daß es sich um Produktinformationen auf zur konkreten Information der Käufer besonders geschaffenen Werbeträgern handelt, etwa Katalogen, Informationsschriften, Produktbeschreibungen, Produktaufmachungen, Angaben auf der Produktverpackung, möglicherweise auch in Verbindung mit damit korrespondierenden sonstigen Werbeangaben in der Funk-, Fernseh- oder Anzeigenwerbung. Bei einer Gesamtbeurteilung aller konkreten, einen bestimmten Vertragsabschluß vorbereitenden Umstände der Vertragsanbahnung könnten sich so Wertungsgesichtspunkte ermitteln lassen, die zu einer Begründung einer „Erklärungshaftung“ im Rahmen der kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüche des BGB herangezogen werden können; auf anderen Teilgebieten des Schuldrechts hat bereits eine diesen Intentionen entsprechende Rechtsfortbildung zur Verbesserung des Abnehmerschutzes stattgefunden.

7.2.4. Exkurs: Die Haftung für Katalogangaben im Rahmen des Reiseveranstaltungsvertrages – §§ 631, 651 a ff. BGB

Eine hohe Sensibilität für die Notwendigkeit einer Rechtsfortbildung hat sich im Gegensatz zum Kaufrecht relativ früh mit der Entstehung des Massentourismus im Werkvertragsrecht, genauer gesagt im Reiseveranstaltungsrecht gezeigt.¹⁶⁵ Nicht

¹⁶³ Westermann, AcP 178, 178; Reich/Tonner, JuS 1976, 576.

¹⁶⁴ S. dazu oben bei Fußn. 154; auch der BGH hat diesem Gesichtspunkt eine besondere Bedeutung beigemessen.

¹⁶⁵ Zum neuen Reisevertragsrecht s. §§ 651 a–651 k BGB, BGBl. I, 509 ff. vom 4. 5. 1979.

Vgl. dazu insbesondere den Entwurf eines Gesetzes über den Reiseveranstaltungsvertrag des BMJ sowie den Entwurf der Bundesregierung BR-Drucks. 210/76; SZ v. 7./8. 4. 1977, S. 23; „Pauschalreisende sollen besser geschützt werden“; Handelsblatt v. 17. 10. 1978, S. 3; „Mini-

nur das Problem der Kommerzialisierung entgangenen oder mißglückten Urlaubs im Rahmen des Schadensersatzes gemäß § 635,¹⁶⁶ sondern auch dasjenige der Funktionsaufteilung zwischen Vertrieb bzw. Veranstaltung einer Reise, z.B. durch ein inländisches Reisebüro und der Erbringung wesentlicher „Reiseleistungen“ durch einen meist ausländischen Vertragspartner des Veranstalters, dem sog. Leistungsträger, zu dem der Abnehmer regelmäßig keinerlei direkte vertragliche Beziehungen hat,¹⁶⁷ wurde von der Rechtsprechung sehr abnehmerfreundlich gelöst; diese Funktionsteilung der Angebotsseite führt aufgrund der rechtlichen Behandlung der „Reisebüros“ im Falle des Vertriebs von Pauschalreisen als „Veranstalter“ regelmäßig nicht zu einer Verkürzung der vertraglichen Rechte des Abnehmers. Dieser kann sich wegen Schlechtleistungen eines Leistungsträgers direkt an seinen Vertragspartner halten.

Auch hinsichtlich der Haftung für Prospektangaben hat die Rechtsprechung strenge Grundsätze entwickelt;¹⁶⁸ der Reiseveranstalter haftet für die in einem Reiseprospekt gemachten Angaben, etwa über die Lage eines Hotels, Ruhe, klimatische Bedingungen, Qualität und Sauberkeit eines Badestrandes, Teilnahmemöglichkeit an Ausflügen etc., wobei ein genereller Haftungsausschluß, etwa für Fahrlässigkeit in den Teilnahmebedingungen eines Veranstalters als rechtsunwirksam betrachtet wird.¹⁶⁹ Reiseleiter, Beförderungsunternehmen, Restaurants, Hotels oder andere

ster Vogel legt die Hände nicht in den Schoß.“ Am 1. 10. 1978 ist das neue „Reisevertragsrecht“ in Kraft getreten.

Aus der Literatur vgl. Petev, V., Zur Neuregelung des Reiseveranstaltungsvertrags, JZ 1976, 632; Erkelenz, G., in Verbraucherrecht, Gruppe 150, Urlaub und Reisen, passim; Bartl, H., Die Urlaubsreise und ihre Beeinträchtigung, NJW 1972, 505 ff.; Blaurock, Der Reiseveranstaltungsvertrag, in Deutsche handels- und wirtschaftsrechtliche Landesberichte zum IX. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung, Teheran 1974, ZHR Beiheft 46; Bartl, H., Das neue „Reisevertragsrecht“, NJW 1979, 1384; Löwe, W., Das neue Reisevertragsgesetz, BB 1979, 1357; s. auch Teichmann, JZ 1979, 737 ff.; Brox, JA 1979, 493 ff.; s. auch oben II.2.

¹⁶⁶ Grundlegend BGHZ 63, 98 (101 f.). Urlaub wird heute grundsätzlich als ein vermögenswertes Gut jedenfalls eines Arbeitnehmers oder Angestellten und seine Beeinträchtigung oder Vereitelung als Vermögensschaden angesehen; h.M. vgl. die Zusammenstellung bei Palandt/Heinrichs, Vorbem. § 249, Anm. 2b dd; sowie OLG Hamm 11. 10. 1974, NJW 1975, 123; OLG Frankfurt 17. 2. 1967, NJW 1967, 1372. Vgl. insgesamt dazu das Reisevertragsgesetz v. 4. 5. 1979, BGBl. I, 509, d.h. die neuen §§ 651 a–651 k BGB, das die Rechtsprechung im wesentlichen festschreibt; s. dort § 651 f Abs. 2, Schadensersatz für nutzlos aufgewendete Urlaubszeit.

¹⁶⁷ „Reiseveranstalter“ und damit Vertragspartner gemäß §§ 631 ff. ist bei Pauschalreisen das „Reisebüro“, BGHZ 60, 14; das Argument, dieses sei nur ein Vermittler, wird nicht mehr anerkannt; dies gilt auch für Vermittlung von Ferienwohnungen oder -häusern im Ausland, wenn dieses Leistungsangebot in der Werbung wie eine Pauschalreise herausgestellt und vertrieben wird, BGHZ 61, 276; entscheidend ist, wie der Reiseinteressent die Werbung, die Erklärungen und das Verhalten des Reiseanbieters verstehen und werten darf; vgl. auch Bartl, NJW 1972, 507 f.; ders., Das neue „Reisevertragsrecht“, NJW 1979, 1384 ff.

¹⁶⁸ Vgl. insbesondere OLG Frankfurt 11. 10. 1972, NJW 1973, 470 ff.; OLG Köln 17. 1. 1973, NJW 1973, 1083; vgl. auch Erkelenz, in Verbraucherrecht, Rdz. 17; diese Rechtsprechungsgrundsätze haben jetzt insbesondere für § 651 c BGB Bedeutung.

¹⁶⁹ AG Bonn 24. 5. 1974, NJW 1973, 649; s. jetzt § 651 h und § 651 k BGB.

„Leistungsträger“ sind außerdem gemäß § 278 als Erfüllungsgehilfen des Reiseveranstalters zu behandeln, für deren Verschulden dieser einzustehen hat.¹⁷⁰ Prospektangaben bestimmen entweder den „nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch“ gemäß § 633,¹⁷¹ oder sie sind „Zusicherungen“, die zum Inhalt der vertraglichen Vereinbarungen zwischen dem Reisebüro und dem Reisenden gehören.¹⁷² Auf jeden Fall kann der Reisende gemäß § 651 c, f nach angemessener Fristsetzung zur Nachbesserung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, wenn die Schlechtleistung vom Veranstalter zu vertreten ist. Insoweit hat der Abnehmer aber auch prozessuale Vorteile, weil analog § 282 der Veranstalter im Zweifelsfall seine Schuldlosigkeit unter Beweis stellen muß, wenn die Schadensursache in seinem Gefahrenbereich liegt.¹⁷³

Anders als im Kaufrecht kann daher der Abnehmer vom Anbieter einer Pauschalreise unter wesentlich einfacheren Umständen Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, nämlich immer dann, wenn nicht nur lediglich unerhebliche Abweichungen der Reiseleistungen von den Katalog- oder Prospektangaben gegeben sind und diese auf Reklamation des Reisenden hin entweder überhaupt nicht oder jedenfalls nicht rechtzeitig beseitigt werden. Die Haftung aus Gewährleistung für Sachmängel gegenüber einem Reisenden gemäß §§ 631 ff. bzw. jetzt §§ 651 aff. ist somit wesentlich strenger als gegenüber einem Käufer gemäß §§ 459 ff., obwohl die gesamtwirtschaftliche Bedeutung einer angemessenen rechtlichen Regelung der Kaufgeschäfte in einem marktwirtschaftlich orientierten Wirtschaftssystem zweifellos größer als diejenige der Regelung von Reiseveranstaltungen ist. Das Werkvertragsrecht hat sich jedenfalls als deutlich elastischer im Blick auf Rechtsfortbildung zur Verbesserung der Rechtsstellung der Abnehmer als das Kaufrecht erwiesen. Dies gilt nicht nur für die Rechtsprechung, sondern auch für den Gesetzgeber, der mit der Schaffung des Reisevertragsrechts gemäß §§ 651 aff. BGB erstaunlich schnell auf das gesteigerte Schutzbedürfnis des Reisenden reagiert hat.

Für unsere Untersuchung ist von besonderem Interesse, daß der neue § 651 f Abs. 1 BGB einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung „unbeschadet der Minderung oder der Kündigung“ gewährt. Dies ist im Kauf- bzw. Werkvertragsrecht als Sanktion auf eine Leistungsstörung eine Novität. Voraussetzung dafür ist nur, daß der Reiseveranstalter den Mangel zu vertreten hat. Im Fall des Angebots mangelhafter Reisen muß somit der Anbieter nicht nur mit einem Fehlschlagen seines Versuchs einer ökonomischen Leistungsverwertung (Minderung bzw. Kündigung), sondern mit einer darüber hinausgehenden ökonomischen Einbuße (Schadensersatzpflicht) rechnen; wegen der Kommerzialisierung vertaner Urlaubszeit gemäß § 651 f Abs. 2 kann dies auch von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung sein.

¹⁷⁰ BGH 18. 10. 1973, NJW 1974, 37; OLG Köln 4. 7. 1972, NJW 1972, 1815; Eberle, R., Die Haftung des Reiseveranstalters, DB 1973, Beilage Nr. 3/73 zu Heft 7, S. 5.

¹⁷¹ OLG Köln 17. 1. 1973, NJW 1973, 1083; s. jetzt § 651 c BGB.

¹⁷² OLG Frankfurt 11. 10. 1972, NJW 1973, 471.

¹⁷³ BGHZ 27, 236; 48, 310 (Beweislastverteilung nach Gefahrenbereichen, sog. Sphärentheorie); s. jetzt §§ 651 c ff. BGB.

7.2.5. Der Gattungskauf – § 480 BGB

Einige grundsätzliche Bemerkungen zur aktuellen Problematik des Gattungskaufs in der modernen Industriegesellschaft wurden bereits vorab geäußert;¹⁷⁴ die mangelnde Genauigkeit und sanktionsadäquate Abgrenzung von Stück- und Gattungskauf und die unheilvollen dogmatischen Auswirkungen des systematischen Primats des Stückkaufs sollen hier nicht nochmals erörtert werden. Aufzugreifen ist jedoch die Kritik daran, daß der für den Stückkauf erarbeitete Fehlerbegriff ohne ausreichende Modifikation auch beim Gattungskauf zur Anwendung gebracht wird.¹⁷⁵

Beim Gattungskauf ist Gegenstand des Kaufs nicht eine individuell bestimmte Sache, die der Käufer sozusagen als solche vor Augen hat, sondern eine bestimmte Menge oder Zahl von Sachen oder eine Sache, deren Beschaffenheit einer bestimmten Gattung entspricht. Gemäß §§ 480, 243 Abs. 1 muß das Geleistete von einer bestimmten mittleren Art und Güte sein, damit der Verkäufer seine Leistungspflichten erfüllt.¹⁷⁶ Der Verkäufer ist verpflichtet, solche Stücke aus der Gattung zu liefern, die im Sinne des § 459 mangelfrei sind. Der subjektive Fehlerbegriff der herrschenden Meinung kommt daher beim Gattungskauf genau wie beim Stückkauf mit all seinen Unzulänglichkeiten zur Anwendung, so daß auch hier wiederum die aufgezeigten Probleme relevant werden.¹⁷⁷

¹⁷⁴ S. oben III.7.1. ff.

¹⁷⁵ Statt vieler Knöpfle, R., Subjektiver Fehlerbegriff und Gleichbehandlung von Schlechtlieferung und Falschlieferung beim Gattungskauf, JZ 1979, 11 ff.; Esser/Weyers, S. 57 ff., 73 f.; Pecher, S. 99: „Die dogmatischen Ansatzpunkte für die Frage, auf welche Eigenschaften der Sache sich die Beschaffungspflicht des Verkäufers erstreckt, werden hier von vornherein dadurch verdunkelt, daß das BGB die Konstruktion einer „Auflösung“ in einen Spezieskauf, mit der das gemeine Recht einen Ausweg aus seiner Hilflosigkeit gegenüber dem Gattungskauf gesucht hatte, übernommen hat. Nach § 243 II BGB soll sich ‚das Schuldverhältnis‘ auf die von dem Schuldner angebotene Sache ‚beschränken‘, wenn diese nach dem Maßstab ihrer Gattung ‚von mittlerer Art und Güte‘ ist.“

Die h.M. lehnt diesen Weg allerdings ab. Fikentscher, S. 396; Larenz, Schuldrecht, BT, S. 66; Palandt/Putzo, § 480, Anm. 2; Staudinger/Honsell, § 480, Rdz. 8; RGRK, § 480, Anm. 1; BGH 5. 10. 1966, NJW 1967, 33.

Wegen dieses konstruktiven Ausgangspunkts des BGB, jeden Gattungskauf durch Konkretisierung zum Stückkauf werden zu lassen, konnte sich ein eigenständiger Fehlerbegriff für den Gattungskauf bis heute noch nicht entwickeln, s. statt vieler Herberger, S. 95 ff.; Pecher, S. 99 f.

¹⁷⁶ Vgl. Larenz, Schuldrecht, BT, S. 66; Esser/Weyers, S. 55 ff.; Fikentscher, S. 396.

¹⁷⁷ Fabricius, F., Schlechtlieferung und Falschlieferung beim Kauf, JuS 1964, 46 ff.; Larenz, Schuldrecht, BT, S. 66; Fikentscher, S. 196; Esser/Weyers, S. 55, 57; Marschall von Bieberstein, a. a. O., Fußn. 152, S. 22 ff.; Pecher, S. 99.

Zur Problematik der aliud-Lieferung beim Gattungskauf, vgl. statt vieler Medicus, Rdz. 335. Die herrschende Meinung trifft eine Abgrenzung analog § 378 HGB. Eine gelieferte andere Ware ist bloß „mangelhaft“, wenn die Abweichung aus der Sicht des Käufers genehmigungsfähig ist. Muß der Verkäufer die Genehmigung seiner Leistung durch den Käufer als ausgeschlossen betrachten, kommen die Vorschriften der Nichterfüllung direkt, nicht aber § 480 BGB, zur Anwendung. Diese Unterscheidung ist insbesondere hinsichtlich der Verjährungsfristen von großer Bedeutung.

Zu dem Problem des Stückkaufs, s. oben III.7.2.

Gerade beim Gattungskauf müßte aber die Vertragsanbahnung Bedeutung für die Vereinbarung der „nach der Gattung bestimmten Sache“ erlangen, denn die gelieferten Stücke sollen so beschaffen sein, daß sie zum gewöhnlichen Gebrauch von Sachen dieser Art oder falls nach dem Vertrage gerade ein bestimmter Verwendungszweck vorausgesetzt war, zu diesem geeignet sind. Die vertragsanbahnenden Erklärungen müßten in der Praxis beim Gattungskauf insbesondere auch deswegen eine noch größere praktische Bedeutung als beim Stückkauf haben, weil es hier bis zur Konkretisierung keine „verkaufte“ oder „geschuldete Sache“ gibt, sondern nur eine vertragliche Vereinbarung zwischen Käufer und Verkäufer, anhand deren die erfüllungstaugliche Sache vom Verkäufer aus einer Vielzahl von Objekten ausgewählt werden kann. Die rechtsgeschäftliche Festlegung und Definition der Gattung ist ausschließlich der Parteivereinbarung überlassen; diese ist das einzig zulässige Kriterium, um die vertraglich geschuldete Leistung zu bestimmen.¹⁷⁸ Zur Auslegung können jedoch die §§ 157, 243 Abs. 1 herangezogen werden; z. B. ist im Zweifel als Vertragsinhalt die Lieferung einer Sache mittlerer Art und Güte vereinbart.

Auch beim Gattungskauf wird aber wie beim Stückkauf von der h. M. nur auf den rechtsgeschäftlichen Inhalt der Parteivereinbarungen abgestellt.¹⁷⁹ Werbeangaben und sonstige vertragsanbahnende Erklärungen werden auch hier genausowenig wie sonst im Sachmängelrecht angemessen rechtlich berücksichtigt; sie beinhalten keine rechtsgeschäftlichen Erklärungen,¹⁸⁰ sind nicht Inhalt der Parteivereinbarungen. Genausowenig werden sie aber auch zur Auslegung derselben, etwa ergänzend herangezogen, obwohl in der Praxis des Gattungskaufs Werbeangaben und andere Marketinganstrengungen der Angebotsseite häufig für den Nachfrager ein zumindest grobes Raster für die Bestimmung eines gemäß der Gattung definierten Warenkaufs darstellen: Der Verbraucher geht etwa in ein Einzelhandelsgeschäft und verlangt dort eine bestimmte, vom Hersteller gerade besonders intensiv beworbene Ware, deren gattungsgemäße Eigenschaften und Funktionen im wesentlichen nur durch die Werbeangaben bezüglich dieses Produkts näher bestimmt werden.¹⁸¹

Beim Gattungskauf wirkt sich daher für den Käufer besonders ungünstig aus, daß nicht unter Berücksichtigung der kommunikativen Aussagen der Wirtschaftswerbung rechtlich festgestellt wird, „als was“ und mit welcher Zweckbestimmung eine Sache verkauft worden ist. Die bereits beim Stückkauf erwähnten Probleme der inhaltlichen Erfassung der anlässlich eines Kaufgeschäfts getroffenen Parteiabreden¹⁸² sind hier gleichermaßen brisant, zumal beim Gattungskauf gemäß § 480 bei

¹⁷⁸ Vgl. besonders klar Esser/Weyers, S. 59; Medicus, Rdz. 335.

¹⁷⁹ Vgl. Larenz, Schuldrecht, BT, S. 66; Esser/Weyers, S. 55 ff.; Fikentscher, S. 396; Medicus, S. 145; Palandt/Putzo, § 480, Anm. 1; Soergel/Siebert, vor § 459, Rdz. 21; Herberger, S. 60 ff. (110); RGRK, § 480, Rdz. 2, 6; Staudinger/Honsell, § 480, Rdz. 3 ff.

¹⁸⁰ S. oben III.3.

¹⁸¹ Z. B. werden von der Elektroindustrie Neuerscheinungen auf dem Markt, etwa ein an das hauseigene Fernsehgerät anschließbare „Tele-Spiel“, in erster Linie durch Angaben in der Herstellerwerbung den Nachfragern vorgestellt.

¹⁸² S. oben III.7.1. ff.

einer Ist-Abweichung der gelieferten Sache von ihrer Soll-Beschaffenheit der Käufer nicht nur einen Anspruch auf Wandelung oder Minderung, sondern wahlweise auch auf Lieferung einer mangelfreien Kaufsache hat.¹⁸³

Schadensersatzansprüche kann der Käufer allerdings beim Gattungskauf nur dann gemäß § 480 Abs. 2 geltend machen, wenn der Sache im Zeitpunkt des Gefahrenübergangs eine zugesicherte Eigenschaft fehlt¹⁸⁴ oder der Verkäufer einen Fehler arglistig verschwiegen bzw. das Vorhandensein einer bestimmten Eigenschaft arglistig vorgespiegelt hat.

7.2.6. Arglistiges Verschweigen eines Fehlers – §§ 463, 480 Abs. 2 BGB

Das arglistige Verschweigen eines Fehlers, die arglistige Vortäuschung der Abwesenheit von Fehlern oder die arglistige Vorspiegelung einer Eigenschaft¹⁸⁵ eröffnet für den Käufer die Möglichkeit, gemäß § 463 Abs. 1 Satz 2 beim Stückkauf und gemäß § 480 Abs. 2 beim Gattungskauf genauso wie im Falle des Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft¹⁸⁶ Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen.¹⁸⁷

Hier ergeben sich für die Abnehmerseite die gleichen faktischen, beweistechnischen und rechtlichen Schwierigkeiten, wie bei der Anfechtung gemäß § 123.¹⁸⁸ Mangels ausreichend präzise definierter Aufklärungspflichten¹⁸⁹ des Verkäufers läuft in der Praxis dieser Rechtsbehelf daher weitgehend leer und kann genauso wie die Arglistanfechtung Remedur nur in einigen wenigen, besonders schwerwiegenden Fällen bringen. Die Mehrzahl der im Rahmen von Vertragsanbahnungsmaßnahmen abgegebenen Erklärungen, Informationen und Mitteilungen an potentielle Käufer, die unvollständig sind oder unrichtige Vorstellungen auf der Abnehmerseite erwecken können, werden erfahrungsgemäß nicht „arglistig“ in die Welt gesetzt. Die wenigsten Anbieter wollen die Abnehmerseite bewusst falsch informieren, um sie zu Geschäftsabschlüssen zu bewegen. Nur dies könnte aber von § 463 oder § 480 erfaßt werden. In der Mehrzahl handelt es sich vielmehr offensichtlich um Schlamperei oder um einen mehr oder weniger sorglosen Einsatz der Marketinginstrumen-

¹⁸³ Äußerst strittig ist die Rechtsnatur dieses Nachlieferungsanspruchs, d.h. ob dieser ein Gewährleistungs- oder der ursprüngliche Erfüllungsanspruch ist; s. statt vieler Staudinger/Honsell, § 480, Rdz. 6; Larenz, Schuldrecht, BT, S. 67; Herberger, S. 96; Pecher, S. 108 ff.

¹⁸⁴ Hier werden die gleichen Beurteilungskriterien wie bei § 459 Abs. 2 angelegt, s. oben III.7.2.3.

¹⁸⁵ Die h. M. setzt diese Sachverhalte gleich, vgl. Larenz, Schuldrecht, BT, S. 51 f.; Palandt/Putzo, § 463, Anm. 3 bb, cc, § 480, Anm. 3. Vgl. auch BGH 28. 6. 1978, DB 1978, 1779.

¹⁸⁶ S. oben III.7.2.3.

¹⁸⁷ Zu Problemen des Umfangs dieses Schadensersatzanspruchs, vgl. Herberger, S. 143 ff.

¹⁸⁸ Vgl. dazu oben III.4.6. Die Rechte aus § 123 BGB und aus § 463 bzw. § 480 BGB stehen nebeneinander; insoweit geht das Gewährleistungsrecht nicht dem Anfechtungsrecht als Sonderregelung vor. Vgl. Larenz, Schuldrecht, BT, S. 64; Palandt/Putzo, vor § 459, Anm. 2 d.

¹⁸⁹ Vgl. in diesem Zusammenhang insbesondere Reich, N., Schuldrechtliche Informationspflichten gegenüber Endverbraucher, NJW 1978, 513 ff.; einen begrüßenswerten Ansatz machte BGH 14. 3. 1979, NJW 1979, 672 (fachliche Erfahrung führt zu einer verstärkten Aufklärungspflicht).

te unter dem Motto „es wird schon gut gehen, versuchen wir es einmal“.¹⁹⁰ Dies geschieht vielleicht auch deshalb, weil der bisherige Mangel an angemessenen zivilrechtlichen Sanktionen gegen solche Methoden der Vertragsanbahnung eine derartige Sorglosigkeit erst hat entstehen und sich ausbreiten lassen.

Schadensersatzansprüche gemäß §§ 463, 480 sind daher erfahrungsgemäß für den Abnehmer nur sehr schwer realisierbar.¹⁹¹

7.2.7. Zusammenfassung: Die Mängel der bürgerlich-rechtlichen Sachmängelhaftung

Die durch die fortschreitende Industrialisierung bewirkten ökonomischen Veränderungen der Marktgegebenheiten, insbesondere der zumindest teilweise schon vollzogene Wandel vom Verkäufer- zum Käufermarkt, ist bislang an dem auf römisch-rechtlichen Grundlagen fußenden System der Sachmängelhaftung des BGB so gut wie spurlos vorbeigegangen.¹⁹² Die aktuellen Probleme einer angemessenen rechtlichen Würdigung und Kategorisierung der modernen Absatzbemühungen und Vertragsanbahnungsmethoden der Angebotsseite, insbesondere der weittragenden kommunikativen Wirkung der Wirtschaftswerbung, konnten im Rahmen des Gewährleistungsrechts für Sachmängel gemäß §§ 459ff., im Gegensatz zu anderen Teilgebieten des BGB, bislang noch nicht adäquat bewältigt werden.

Zum einen liegt dies an den immanenten Grenzen des Grundbegriffs der Gewährleistungshaftung gemäß §§ 459ff., des Begriffs des Sachmangels; auch bei einer käuferfreundlichen, erweiternden Auslegung dieses Kriteriums können bestimmte kaufentscheidende Umstände, die sich nicht als eine „Beschaffenheit“ der Kaufsache interpretieren lassen, keine Berücksichtigung im Rahmen der Haftung für Sachmängel finden. Gerade diese Umstände, etwa eine bestimmte Verwendungsmöglichkeit, Wirkung und bzw. oder Funktion einer Sache, können aber die eigentlich kaufentscheidenden Momente sein, die als solche auch besonders von der Wirtschaftswerbung herausgestellt werden. So kann etwa ein Medikament, das alle angegebenen Stoffe enthält, bei seiner Anwendung aber physiologisch völlig wirkungslos ist, nach

¹⁹⁰ S. oben die Rechtstatsachen, I.4.

¹⁹¹ Vgl. dazu Trinkner, BB 1975, 1493, sowie die Hinweise bei der Arglistanfechtung, s. oben III.4.6. Nicht einmal den Staatsanwaltschaften gelingt eine Überführung im Rahmen von § 4 UWG; s. v. Falckenstein, II, Rdz. 119ff.

Der BGH meint selbst in diesem Zusammenhang: „Denn die bloße Möglichkeit, mit der ‚Zusicherung‘ für den Fall einer arglistigen Täuschung jedenfalls die wahrheitswidrige Erklärung des Verkäufers nachweisen zu können, bringt dem Käufer schon deswegen nur wenig, weil erfahrungsgemäß die Schwierigkeit für ihn in dem Nachweis des zumindest bedingten Vorsatzes auf seiten des Verkäufers liegt ...“, vgl. BGH 10. 10. 1977, NJW 1978, 261.

¹⁹² Im Zuge der gesetzlichen Regelung der allgemeinen Geschäftsbedingungen wurde nur der § 476a BGB neugeschaffen: Die Kosten der Nachbesserung trägt grundsätzlich der zur Nachbesserung Verpflichtete.

Die notwendige Gesamtüberarbeitung des Schuldrechts, insbesondere des Kaufrechts, befindet sich noch in den allerersten Anfängen, s. Wolf, A., Weiterentwicklung und Überarbeitung des Schuldrechts, ZRP 1978, 249ff.

dem BGB regelmäßig nicht als eine „fehlerhafte“ Sache angesehen werden, wenn dessen spezifisch heilende Wirkung nur in der Werbung angepriesen wird.¹⁹³ Auch eine reine Preistäuschung, die nicht arglistig erfolgt, wird vom Sachmängelrecht des BGB nicht erfaßt. Der Wert oder Preis ist keine für § 459 Abs. 1 BGB relevante Eigenschaft einer Sache.

Zum anderen beruht die geschilderte Situation auf der traditionell engen Auslegung der gesetzlichen Voraussetzungen und Tatbestandsmerkmale, die zu einem Eingreifen der Gewährleistungsvorschriften führen. Sowohl für den Tatbestand des „nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauchs“ gemäß § 459 Abs. 1 BGB als auch für die „zugesicherten Eigenschaften“ gemäß § 459 Abs. 2 BGB spielt der Bereich der kommerziellen Vertragsanbahnung und der Wirtschaftswerbung prinzipiell keine Rolle. Obwohl in der wirtschaftlichen Realität der informierenden und erklärenden Funktion der kommunikativen Aussagen der Wirtschaftswerbung große Bedeutung beigemessen wird, findet dieses Faktum regelmäßig immer noch keinen Eingang in das Gewährleistungsrecht. Aufgrund der traditionellen Auffassung des Fehlerbegriffs des § 459 Abs. 1 bleibt die Gewährleistungshaftung in ihren Grundprinzipien zu sehr einem Denken in rein physischen Sacheigenschaften verhaftet, die nur durch rechtsgeschäftliche Erklärungen näher bestimmt werden können.

Das theoretische Grundmodell des Kaufs ist seit der Entstehung der Haftung für Fehler der Stückkauf nach Besichtigung auf einem römischen Markt geblieben. Diese rechtssystematische Zurücksetzung des heute im Verbraucheralltag überwiegend getätigten Kauftypus des Gattungskaufs hinter den Stückkauf versperrt dem juristischen Blick die Möglichkeit, ein durch die Diskussion des Stückkaufs unbelastetes modernes Verständnis für diesen besonderen Typus von Austauschvorgängen zu entwickeln. Gerade für den Gattungskauf ist aber die wirtschaftliche Realität des „Vorverkaufs“ von Waren durch die Wirtschaftswerbung besonders bedeutsam. Häufig kommt wegen der hohen Intensität der Herstellerwerbung dem Handel heute nur noch eine reine Distributionsfunktion zu; er gibt als Vertragspartner des Käufers keinerlei kaufgegenstandsbezogene Erklärungen mehr ab, sondern führt nur noch den unmittelbaren Tauschvorgang durch. Auch diese ökonomische Funktionsaufspaltung auf der Angebotsseite ist rechtlich noch nicht angemessen berücksichtigt worden.

Die Unterscheidung von Stück- und Gattungskauf ist praktisch mehr oder weniger zufällig bestimmt, die daran anknüpfende Trennung der Rechtsfolgen in einerseits die ausschließliche Möglichkeit der Wandlung und Minderung gemäß § 462 BGB und andererseits die zusätzliche Möglichkeit der Geltendmachung eines Nachlieferungsanspruchs gemäß § 480 BGB erscheint im Ergebnis oft geradezu willkürlich.

Schließlich erweist sich wegen der von der herrschenden Meinung als grundsätzlich zulässig erachteten umfangreichen Möglichkeiten des Haftungsausschlusses für Gewährleistung, insbesondere der möglichen Beschränkung der Rechte des Käufers

¹⁹³ Vgl. statt vieler Pecher, S. 5.

auf einen Nachbesserungsanspruch, sowie wegen der Verneinung einer Verantwortung aus vorvertraglichem Verschulden neben Gewährleistungsansprüchen das Institut der Sachmängelhaftung im Hinblick auf die aktuellen wirtschaftlichen Gegebenheiten eines Käufermarkts mit weit überwiegenden Vertragsanbahnungsaktivitäten der Angebotsseite aus wirtschaftlicher Sicht als für den Nachfrager prinzipiell nachteilig. Die Angebotsseite wird gemäß §§ 459 ff. im Regelfall nicht dazu gezwungen, für Werbeaussagen, die sie im Rahmen ihrer kaufvorbereitenden Vertragsanbahnungsaktivitäten macht, eine Haftung zu übernehmen.

7.3. Exkurs: Vertragsanbahnung und Haftung aus Gewährleistung nach dem Haager Einheitlichen Kaufabschlußgesetz (EKAbschlußG) und Kaufgesetz (EKG)

Ausgehend von der Notwendigkeit, daß auf lange Sicht das deutsche innerstaatliche Kaufrecht dem internationalen Haager Kaufrecht angepaßt werden muß,¹⁹⁴ weil mit dem wirtschaftlichen Zusammenwachsen der europäischen nationalen Märkte, immer mehr internationale, grenzüberschreitende Kaufgeschäfte getätigt werden, für die das EKAbschlußG und das EKG Geltung erlangen,¹⁹⁵ erscheint es zweckmäßig, den kritischen Blick für das deutsche Gewährleistungsrecht durch einen Exkurs zu dieser modernen Regelung des internationalen Kaufrechts zu schärfen.¹⁹⁶

¹⁹⁴ Vgl. dazu Löwe, in Löwe/v. Westphalen/Trinkner, Kommentar zum Gesetz der Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Einleitung, Rdz.. 22. Vgl. auch Weitnauer, H., Vertragsaufhebung und Schadensersatz nach dem EKG und nach dem geltenden deutschen Recht, in Festschrift zum 50jährigen Bestehen des Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht der Universität Heidelberg, Heidelberg 1967, S. 71: „Ein neues Kaufrechtssystem ... wird alsbald zu einer Überprüfung unseres geltenden Kaufrechts und einiger grundsätzlicher Entscheidungen unseres allgemeinen Schuldrechts führen.“ Huber, U., Zur Dogmatik der Vertragsverletzungen nach einheitlichem Kaufrecht und deutschem Schuldrecht, in Festschrift für v. Caemmerer, Tübingen 1978, S. 837 ff.; Heldrich, A., Die Haager Einheitlichen Kaufgesetze, NJW 1974, 2156 ff.

¹⁹⁵ Dies gilt auch für Geschäftsabschlüsse zwischen Nichtkaufleuten, denn diese Gesetze haben regelmäßig für alle grenzüberschreitenden Kaufverträge Gültigkeit, die zwischen Parteien mit einer Niederlassung oder einem gewöhnlichen Aufenthalt im Gebiet verschiedener Vertragsstaaten geschlossen werden, wenn z. B. die Lieferung der Ware von einem Land ins andere erfolgen muß. Vgl. Art. 7 EKG sowie Dölle, Kommentar zum Einheitlichen Kaufrecht, Art. 1, Rdz. 2 ff., Art. 7, Rdz. 1; Stötter, V., Internationales Einheitskaufrecht, S. 110 ff. (Tunc, A., Einige grundsätzliche Lösungen des EKG), S. 145 (Art. 7); vgl. in diesem Zusammenhang auch Art. 1 EKAbschlußG: Das EKAbschlußG kommt bei Vertragsverhandlungen und Vertragsabschlüssen immer dann zur Anwendung, wenn für einen gültig abgeschlossenen Vertrag das EKG relevant wäre.

¹⁹⁶ Zu einer Gesamtdarstellung des EKAbschlußG und des EKG vgl. Dölle, Kommentar, a. a. O.; Stötter, a. a. O.; Mertens/Rehbinder, Internationales Kaufrecht, Kommentar zu den Einheitlichen Kaufgesetzen sowie die Beiträge in Leser/v. Marschall (Hrsg.) Das Haager Einheitliche Kaufgesetz und das deutsche Schuldrecht, Kolloquium zum 65. Geburtstag von Ernst von Caemmerer. Zum Problem der Gewährleistung vgl. auch Herberger, S. 195 ff.; v. Caemmerer, E., Probleme des Haager einheitlichen Kaufrechts, AcP 178 (1978) 212 ff.

Vgl. insgesamt zu diesem Gebiet die grundlegende Untersuchung von Rabel, E., Das Recht des Warenkaufs, Bd. 1 und 2, (unveränderter Nachdruck), Berlin 1957 und 1958; zur Kritik s.

7.3.1. Vertragsanbahnung und Vorverhandlungen

Art. 2 Abs. 1 EKAbschlußG bestimmt:

„Die folgenden Artikel sind insoweit nicht anzuwenden, als sich aus den Vorverhandlungen, dem Angebot, der Antwort, den Gepflogenheiten, die sich zwischen den Parteien gebildet haben, oder den Gebräuchen eine andere Regelung ergibt.“¹⁹⁷

Unmittelbare rechtliche Relevanz wird den Vorverhandlungen außerdem vom EKAbschlußG noch durch Art. 4 Abs. 2 (Auslegung eines Angebots) und durch Art. 5 Abs. 3 (Bindung an ein Angebot) beigemessen. Damit wird deutlich zum Ausdruck gebracht, daß ganz bewußt den Erklärungen und Absichten der Parteien auch aus dem Bereich der Vertragsanbahnung sowie den sonstigen Umständen, die vor dem eigentlichen Vertragsabschluß liegen, besondere Beachtung geschenkt wird.¹⁹⁸ Jeder Vertragsteil soll Herr seiner eigenen Erklärungen sein und kann daher ihre Wirkung und Tragweite selbst frei bestimmen, wobei die Vorverhandlungen als Auslegungsmittel und als eigenständiger rechtlicher Ansatzpunkt herangezogen werden können.¹⁹⁹ Allein aus den Vorverhandlungen kann sich z.B. ergeben, daß das EKAbschlußG nicht zur Anwendung kommen soll oder daß bestimmte Vertragserklärungen nicht oder nur eingeschränkt dem EKAbschlußG unterliegen sollen.²⁰⁰ Dieser Eindruck, daß der individuelle Parteiwille in all seinen konkreten Ausprägungsformen, die in der Praxis üblicherweise anzutreffen sind, wesentlich deutlicher bei diesen internationalen Kaufregelungen als im deutschen Kaufrecht im Vordergrund steht, wird noch durch einige Vorschriften des EKG verstärkt.

7.3.2. Gewährleistung

Das Haager Einheitliche Kaufgesetz²⁰¹ verpflichtet in seinen Art. 18, 19, 33 ff. den Verkäufer zur Lieferung, d.h. Aushändigung einer „vertragsgemäßen“ Sache. Damit wurde gegenüber dem deutschen Recht ein bedeutsamer Schritt zur Verbesserung der rechtlichen Position der Abnehmer unternommen: Durch das Gesetz wird in Art. 19 in Verbindung mit Art. 33 eine unmittelbare Pflicht des Verkäufers zur mangelfreien Leistung ausdrücklich festgelegt.²⁰² Eine vertragswidrige, z.B. fehlerhafte Lieferung stellt im Gegensatz zur deutschen Regelung des Stückkaufs daher keine Erfüllung dar. Gemäß Art. 33 EKG ist eine Erfüllung der Pflicht zur Lieferung einer vertragsgemäßen Sache nicht gegeben bei: Quantitätsunterschieden, Lie-

Schlechtriem, P., Einheitliches Kaufrecht – wissenschaftliches Modell oder praxisnahe Regelung?, S. 29ff, 58ff.

¹⁹⁷ Vgl. Einheitliches Gesetz über den Abschluß von internationalen Kaufverträgen über bewegliche Sachen, v. 17. 7. 1973 (BGBl. I, S. 868).

¹⁹⁸ Vgl. insbesondere Mertens/Rehbinder, Art. 2 EKAbschlußG, Rdz. 4ff.; Dölle, Art. 2 EKAbschlußG, Rdz. 3; Stötter, S. 65.

¹⁹⁹ Mertens/Rehbinder, Art. 2 EKAbschlußG, Rdz. 7.

²⁰⁰ Dölle, Art. 2 EKAbschlußG, Rdz. 3.

²⁰¹ Vom 17. 7. 1973 (BGBl. I, 856).

²⁰² Vgl. Dölle, Art. 33, Rdz. 1ff.; Herberger, S. 197f.; Stötter, S. 217. Vgl. dazu auch Rabel, 2, S. 119ff.

ferung eines aliud, Abweichung der Sache von einer Probe oder einem Muster, Lieferung einer Sache, die nicht für ihren gewöhnlichen Gebrauch oder ihre kaufmännische Verwendung sowie für einen im Vertrag ausdrücklich oder stillschweigend vorgegebenen Gebrauch die erforderlichen Eigenschaften besitzt, Lieferung einer Sache, die nicht die im Vertrag ausdrücklich oder stillschweigend vorgegebenen Eigenschaften oder besonderen Merkmale aufweist.²⁰³ Probleme der Abgrenzung einer Gebrauchsvereinbarung von einer Eigenschaftsvereinbarung, so wie wir sie aus dem deutschen Kaufrecht kennen,²⁰⁴ können daher nicht entstehen, weil das EKG primär nur von Eigenschaften, nicht aber von Fehlern oder einer bestimmten Gebrauchstauglichkeit als solcher spricht; die Leistungspflicht des Verkäufers bezieht sich direkt auf bestimmte Eigenschaften der Kaufsache, und nach der Fassung des Gesetzes ist klar, daß auch ein im Einzelfall zwischen den Parteien vereinbarter Gebrauch einer Sache nur deren Eigenschaften, die diese haben soll, näher umschreibt.²⁰⁵ Besonders aus dem Auffangtatbestand des Art. 33 Abs. 1 lit. f EKG geht hervor, daß letztlich die Parteivereinbarungen entscheiden, welche Eigenschaften und besonderen Merkmale eine Kaufsache haben muß, um i. S. des Art. 19 Abs. 1 EKG „vertragsgemäß“ zu sein.²⁰⁶ Art. 33 Abs. 1 lit. f EKG lautet: „Der Verkäufer hat seine Pflicht zur Lieferung nicht erfüllt im allgemeinen, wenn er eine Sache ausgehändigt hat, die nicht die im Vertrag ausdrücklich oder stillschweigend vorgesehenen Eigenschaften oder besonderen Merkmale besitzt.“

Auch hier bedarf es, wie nach herrschender Meinung im deutschen bürgerlichen Recht, grundsätzlich einer vertraglichen Vereinbarung der Eigenschaften bzw. eines vertraglich vorgesehenen Verwendungszwecks, d. h. bei der Beantwortung der Frage, welcher „besondere Gebrauch“ vertraglich vorgesehen ist, kommt es auf den Vertragsinhalt und nicht auf Umstände an, die mit dem Vertrag nichts zu tun haben.²⁰⁷ Entscheidend ist jedoch, daß bereits nach dem Wortlaut des Gesetzes auch „stillschweigend“ eine vertragliche Eigenschaftsvereinbarung getroffen werden kann und daß das EKG nicht die strengen Anforderungen, wie wir sie von § 459 Abs. 2 BGB kennen,²⁰⁸ an eine derartige Zusicherung stellt. Es genügt vielmehr eine einfache Parteivereinbarung, für deren Inhalt der Art. 4 Abs. 2 EKAbschlußG als Auslegungsregel für den Inhalt eines Angebots u. a. auch auf die Vorverhandlungen verweist.²⁰⁹ Allerdings gilt auch nach dem EKAbschlußG, daß Zeitungsanzeigen,

²⁰³ Vgl. § 33 EKG lit. a–f.

²⁰⁴ S. oben III. 7.1.3.

²⁰⁵ Vgl. Herberger, S. 189, 199; Dölle, Art. 33, Rdz. 14; Stötter, S. 217; zu dieser Unterscheidung eines einfachen Sachmangels von der Zusicherung einer Eigenschaft, vgl. auch Rabel, 2, S. 283 f.

²⁰⁶ Vgl. Mertens/Rehbinder, Art. 33, Rdz. 20.

²⁰⁷ Dölle, Art. 33, Rdz. 17; Mertens/Rehbinder, Art. 33 Rdz. 18.

²⁰⁸ S. oben III.7.2.3.

²⁰⁹ Vgl. Stötter, S. 70f.; Dölle, Art. 4 EKAbschlußG, Rdz. 33: „In erster Linie gilt, was die Parteien in den Vorverhandlungen oder in Rahmenvereinbarungen, Vorverträgen usw. abgeklärt haben.“ Art. 4 Abs. 2 ist auch als Auslegungsregel anzuwenden, „wo es um den

Kaufaufforderungen in der Funk- und Fernsehwerbung, Plakatanschläge, Flugblätter, Übersendung von Prospektmaterial, Schaufensterauslagen und sonstige öffentliche, werbliche Ausschreibungen mangels Bindungswillen, wie nach dem BGB,²¹⁰ regelmäßig keine Angebote sind. Jedoch können, wie häufig in der Praxis, diese zu einem Gegenstand der vertraglichen Vorverhandlungen werden und somit bestimmende Wirkung für den Inhalt des Vertrags gemäß Art. 4 Abs. 2 EKAbschlußG bekommen. Dem Bereich der Vertragsanbahnung wird damit vom internationalen Kaufrecht wesentlich mehr Relevanz als durch die §§ 133, 157 BGB²¹¹ eingeräumt; das EKAbschlußG verweist nicht auf objektive Kriterien, wie dies „Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte“²¹² sind, sondern versucht, sich enger an die jeweiligen individuellen Parteivereinbarungen sowie an alle Umstände ihres Zustandekommens zu halten. Das internationale Kaufrecht recurriert somit weniger auf starre objektive Wertungen als das BGB, sondern versucht, flexibler als jenes, eine für den jeweiligen Einzelfall unter Berücksichtigung der Parteivereinbarungen gerechte Lösung herbeizuführen.

Deutlich wird dies auch durch den Ausbau des Sanktionssystems des einheitlichen Kaufrechts. Das EKG unterscheidet bei allen Leistungsstörungen grundsätzlich zwischen wesentlichen und unwesentlichen Vertragsverletzungen,²¹³ wobei es im Gegensatz zum BGB verzichtet, die Gewährleistung als ein besonderes, von den allgemeinen Leistungsstörungen zu unterscheidendes Rechtsinstitut auszuformen.

Verletzt der Verkäufer z. B. eine seiner vorstehend aufgeführten Pflichten gemäß Art. 33 EKG oder kommt er in Verzug, kann der Käufer, der die Vertragswidrigkeit ordnungsgemäß angezeigt hat, gemäß Art. 41 EKG entweder auf Vertragserfüllung bestehen, die Aufhebung des Vertrags verlangen oder den Kaufpreis mindern. Gemäß Art. 43 EKG ist eine Aufhebung des Vertrags jedoch nur möglich, wenn die Vertragswidrigkeit eine „wesentliche Vertragsverletzung“ darstellt. Was im Einzelfall als eine wesentliche bzw. unwesentliche Vertragsverletzung zu verstehen ist, definiert Art. 10 EKG: „Eine Vertragsverletzung wird i. S. dieses Gesetzes immer dann als wesentlich angesehen, wenn die Partei, die sie begangen hat, im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses gewußt hat oder hätte wissen müssen, daß eine vernünftige Person in der Lage der anderen Partei den Vertrag nicht geschlossen hätte, wenn sie die Vertragsverletzung und ihre Folgen vorausgesehen hätte.“

Während das BGB entsprechend §§ 462 bzw. 463 BGB weitgehend selbst die

Inhalt einer an sich hinreichenden bestimmten Offerte und des auf der Grundlage dieses Angebots geschlossenen Vertrages geht“. Vgl. Dölle, Art. 4 EKAbschlußG, Rdz. 31.

²¹⁰ S. oben III.3.

²¹¹ Vgl. insbesondere Herberger, S. 204 ff., 224.

²¹² Vgl. § 157 BGB; sowie Flume, S. 312 ff.

²¹³ Vgl. z. B. Art. 26 Abs. 1, 30 Abs. 1, 43, 55 Abs. 1 a, 62 Abs. 1, 66 Abs. 1; anders Art. 52. Vgl. auch bei Mertens/Rehbinder, Art. 10 EKG, Rdz. 3. Vgl. zur Vertragsaufhebung Leser, H. G., Die Vertragsaufhebung im Einheitlichen Kaufgesetz, in: Das Haager Einheitliche Kaufgesetz und das deutsche Schuldrecht, Kolloquium zum 65. Geburtstag von E. v. Caemmerer, Karlsruhe 1973, S. 1 ff.; vgl. auch a. a. O., den Beitrag von Kreuzer, K., Sachmängelhaftung und Vertragswidrigkeit im deutschen Recht und im Einheitlichen Kaufgesetz, S. 35 ff.

Wertung trifft, was als eine wesentliche Vertragsverletzung zu betrachten ist, überläßt es das EKG ganz allein den Parteien zu bestimmen, was sie als wesentliche und was sie als unwesentliche Vertragspflicht ansehen wollen. Herberger²¹⁴ folgert daraus: „Nach der Definition des Art. 10 ist es nicht einmal nötig, daß die Parteien ausdrücklich vereinbart haben, daß eine bestimmte Verpflichtung wesentlich ist; es reicht aus, daß die Wesentlichkeit der Pflicht für den verpflichteten Vertragsteil unter Anwendung von grobe Fahrlässigkeit ausschließender Sorgfalt erkennbar gewesen ist. Damit berücksichtigt das EKG sogar die, allerdings nur unter objektiven Gesichtspunkten (vgl. Art. 10: „... eine vernünftige Person in der Lage der anderen Partei ...“), beachtliche Motivation der betroffenen Vertragspartei.“ Dadurch erlangt der hypothetische Wille eines „reasonable man“ als gedachter Vertreter der Interessen der Gegenpartei Maßstabsfunktion im EKG.²¹⁵ Eine vernünftige Person wird aber in vielen Fällen, auch bei einer rein objektiven Betrachtungsweise, einen Kaufvertrag nicht abschließen, wenn bestimmte in der Werbung anlässlich der Vertragsanbahnung gemachte werbliche Angaben über die Kaufsache nicht der Realität entsprechen. Dies ist für den Verkäufer, der unter Heranziehung z. B. irreführender Werbeangaben seine Waren anpreist, im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses auch regelmäßig ersichtlich, denn i. S. des Art. 13 EKG muß auch er als eine „vernünftige Person“ in der gleichen Lage üblicherweise diese Sachzusammenhänge erkennen.²¹⁶

Somit ergibt sich, daß z. B. irreführende Werbeangaben über nicht nur völlig untergeordnete Eigenschaften einer Kaufsache nach dem EKG prinzipiell als ein Tatbestand betrachtet werden können, der zu einer wesentlichen Vertragsverletzung i. S. des EKG führt, wenn die Warenrealität mit den werblichen Aussagen in nicht nur völlig unerheblicher Hinsicht nicht korrespondiert. Üblicherweise muß man unter den heute gegebenen wirtschaftlichen Umständen davon ausgehen, daß Werbeangaben das Entscheidungsverhalten der Abnehmer maßgeblich beeinflussen²¹⁷ und daß dies auch regelmäßig dem Verkäufer ersichtlich ist. Wenn dieser sich als vernünftiger Geschäftsmann in die Position eines vernünftig und redlich denkenden Nachfragers, d. h. in „die andere Partei“ gedanklich versetzt und vor Vertragsab-

²¹⁴ Herberger, S. 205.

²¹⁵ Vgl. Dölle, Art. 10 EKG, Rdz. 17; Mertens/Rehbinder, Art. 10, Rdz. 8; Stötter, S. 154 ff.

²¹⁶ Zur Bedeutung der Risiko- und Sorgfaltspflichtverteilung des Art. 13 EKG vgl. Dölle, Art. 13 EKG, Rdz. 2 ff.; Mertens/Rehbinder, Art. 13, Rdz. 4.

Anhand Art. 13 EKG wird auch zu entscheiden sein, nach welchen Grundsätzen den Parteien das Kennen oder Kennenmüssen von Hilfspersonen zuzurechnen ist. Hier liegt auch ein Ansatzpunkt für die Regelung und Zurechnung der Haftung im Rahmen arbeitsteiliger Wirtschaftsprozesse. Vgl. zu diesem Problem oben III.7.1.8. Dem Handel wird man z. B. jede Erklärung des Herstellers zurechnen können, die ein vernünftiger Einzelhändler in der gleichen Lage hätte wissen oder kennen müssen. Ungeregt bleiben freilich die Regreßprobleme des Handels gegenüber den Herstellern. Da Händler und Hersteller jedoch miteinander in vertraglichem Kontakt stehen, kann dieses Problem im Wege der Vertragsgestaltung oder Auslegung, auf jeden Fall durch Instrumente des Vertragsrechts, geklärt werden. Dies ist wesentlich interessengerechter, als eine deliktische Anspruchsberechtigung zwischen Werbungtreibenden und Werbeadressaten bemühen zu müssen.

²¹⁷ S. oben I.

schluß erfahren würde, daß nicht nur unwesentliche Werbeangaben über die Kaufsache nicht mit deren Realität übereinstimmen, muß auch er als Verkäufer regelmäßig der Meinung sein, oder müßte dies zumindest erkennen, daß unter diesen Umständen ein Vertragsschluß zu den jeweils an den irreführenden Werbeangaben ausgerichteten Konditionen nicht stattfinden würde. Prinzipiell wird man somit gemäß Art. 10 EKG davon ausgehen können, daß nicht nur unerhebliche Verstöße bei der Vertragsanbahnung seitens des Verkäufers gegen die wohlverstandenen Interessen des Käufers, die die Kaufsache betreffen, regelmäßig als eine wesentliche Vertragsverletzung anzusehen sind. Bei den meisten Fällen der irreführenden Werbung muß nämlich davon ausgegangen werden, daß eine vernünftige Person bei Kenntnis der wahren Umstände einen Kaufvertrag überhaupt nicht, nicht zu diesem Zeitpunkt oder jedenfalls nicht so zu den vorgegebenen Bedingungen abgeschlossen hätte.²¹⁸

Im Gegensatz zum BGB läßt sich dem EKG eine deutliche Tendenz entnehmen, die Parteivereinbarungen in ihrem organischen Zustandekommen und bei ihrer inhaltlichen Auslegung wesentlich komplexer und unter Heranziehung aller sie beeinflussenden Umstände zu betrachten, so daß schon deshalb der Vertragsanbahnung ein ganz anderes Gewicht als im deutschen Recht beigemessen wird. Eine ausschließliche Orientierung an den Willenserklärungen der Parteien, die direkt zum Vertragsschluß führen, also an Antrag und Annahmeerklärung, ist dem einheitlichen Kaufrecht fremd.

Zwar wird auch im internationalen Kaufrecht keine zivilrechtliche Haftung für Werbeangaben unmittelbar durch Gesetz statuiert. Aber durch Art. 4 Abs. 2 EKAb-schlußG wird als Auslegungsrichtlinie für den Inhalt vertraglicher Vereinbarungen deutlich auf die Vorverhandlung verwiesen,²¹⁹ so daß sich daraus mittelbar eine wesentlich weitergehende Berücksichtigung der im Rahmen von Vorverhandlungen z. B. als Verkaufsargument benutzten Werbeangaben herleiten läßt. Dies auch deshalb, weil prinzipiell das internationale Kaufrecht mehr als das BGB auf die individuellen, von den Parteien geschaffene Sachlage abstellt und dabei den Erklärungen, Absichten und sonstigen durch den Parteiwillen beeinflussten Begleitumständen in allen Einzelheiten Beachtung schenkt.²²⁰

Wesentlich zeitgemäßer als im BGB ist auch die Ausgestaltung des Schadensersatzrechts nach dem einheitlichen Kaufgesetz. Art. 41 Abs. 2 EKG bestimmt, daß im Fall der Schlechtlieferung neben dem Erfüllungsanspruch bzw. dem Wandlungs- oder dem Minderungsanspruch „ferner“ ein Schadensersatzanspruch des Käufers gegen den Verkäufer gegeben ist. Gemäß Art. 82 ff. EKG muß bei der Schadensberechnung unterschieden werden, ob der Vertrag etwa durch Rücktritt gemäß Art. 41 Abs. 1 EKG aufgehoben wurde oder nicht; Art. 82 EKG lautet:

²¹⁸ Vgl. dazu v. Falkenstein, II, Rdz. 99 ff.

²¹⁹ Vgl. oben bei Fußn. 209 sowie Dölle, Art. 4 EKG, Rdz. 10.

²²⁰ Vgl. Herberger, S. 224.

„Wird der Vertrag nicht aufgehoben, so sind als Schadensersatz für die durch eine Partei begangene Vertragsverletzung der der anderen Partei entstandene Verlust und der ihr entgangene Gewinn zu ersetzen. Der Schadensersatz darf jedoch den entstandenen Verlust und entgangenen Gewinn nicht übersteigen, welche die Partei, die den Vertrag verletzt hat, bei Vertragsabschluß unter Berücksichtigung der Umstände, die sie gekannt hat oder hätte kennen müssen, als mögliche Folge der Vertragsverletzung hätte voraussehen müssen.“

Zu ersetzen ist somit ein Differenzschaden, wenn der Käufer am Vertrag festhalten will.

Aber auch im Fall der Aufhebung und Rückabwicklung des Vertrags hat der Käufer, anders als bei § 462 BGB, einen Schadensersatzanspruch, der ihm diejenigen Verluste ausgleichen soll, die durch einen Preisanstieg zwischen dem Zeitpunkt des ursprünglichen Geschäftsabschlusses und der späteren Vertragsaufhebung entstanden sind. Dazu bestimmt Art. 84 EKG: „Bei der Aufhebung des Vertrags ist, wenn die Sache einen Marktpreis hat, als Schaden der Unterschied zu ersetzen, der zwischen dem im Verträge vereinbarten Preis und dem Marktpreis an dem Tage, an dem der Vertrag aufgehoben worden ist, besteht.“ Gemäß Art. 86 EKG kann sich außerdem der Schadensersatz nach Art. 84 um die durch die Nichterfüllung entstandenen angemessenen Kosten sowie bis zum vollen Betrag des tatsächlich entstandenen Verlusts und entgangenen Gewinns erhöhen, wenn die Partei, die den Vertrag verletzt hat, bei Vertragsschluß unter Berücksichtigung der Umstände, die sie gekannt hat oder hätte kennen können, diesen Schaden als mögliche Folge der Vertragsverletzung hätte voraussehen müssen. Der Käufer kann also sein positives Interesse am Vertragsschluß ersetzt verlangen, soweit dies für den Verkäufer bei Vertragsabschluß als mögliche Folge der Verletzung seiner vertraglichen Pflichten voraussehbar war.²²¹ Das Schadensersatzrecht nach dem EKG folgt somit dem Konzept der Begrenzung der Haftung auf vorhersehbare Schäden, gibt aber grundsätzlich einen Schadensersatzanspruch auch *neben* anderen Rechtsfolgen der Nichterfüllung eines Kaufvertrags.

Wegen dieser konkreten Ausformung der Schadensersatzansprüche aus Art. 41 Abs. 2 EKG ist es auch unerheblich, daß gemäß Art. 34 EKG Ansprüche aus vorvertraglichem Verschulden neben den Ansprüchen aus Art. 33 in Verbindung mit Art. 41 EKG prinzipiell ausgeschlossen werden.²²² Im EKG führt mit der generellen Einschränkung aus Art. 47 EKG bereits die Vertragswidrigkeit der Kaufsache zur Schadensersatzhaftung des Verkäufers, so daß es deswegen keiner sonstigen konkurrierenden Schadensersatzansprüche, etwa aus vorvertraglichem Verschulden, bedarf.

²²¹ Vgl. König, D., Voraussehbarkeit des Schadens als Grenze vertraglicher Haftung – zu Art. 82, 86, 87 EKG, in Das Haager Einheitliche Kaufgesetz und das deutsche Schuldrecht, S. 75 ff. Hier macht sich deutlich der Einfluß der angloamerikanischen „doctrine of foreseeability“ bemerkbar. Nach kontinental-europäischer Rechtsauffassung werden diese Schadensbegrenzungen mit Hilfe der Kausalitätstheorien vorgenommen.

²²² Dölle, Art. 34, Rdz. 4; Mertens/Rehbinder, Art. 34, Rdz. 4. Auch eine Anfechtung gemäß § 119 Abs. 2 BGB (Eigenschaftsirrtum) wird dadurch ausgeschlossen. Vgl. Dölle, Art. 34, Rdz. 2.

Auch hinsichtlich der Haftung auf Schadensersatz wird somit der Käufer durch das einheitliche Kaufrecht wesentlich besser gestellt als durch das BGB.²²³ Es zeigt sich, daß durch das EKG und das EKAbschlußG eine völlig andere Risikoverteilung als durch das BGB getroffen wird. Nur am Rande sei bemerkt, daß eine dem deutschen Recht entsprechende prinzipielle Trennung der Sanktionsfolgen einer Schlechterfüllung entsprechend der Unterscheidung von Stück- und Gattungskauf im EKG nicht vorgenommen wird.²²⁴ Der Käufer läuft nach internationalem Kaufrecht weit weniger als nach dem BGB Gefahr, durch vielversprechende Werbeangaben angelockt einen Kaufvertrag abzuschließen, ohne anschließend sich komplikationslos und ohne einen eigenen wirtschaftlichen Schaden von dieser vertraglichen Bindung wieder lösen zu können, wenn Werbeangaben und Warenrealität erheblich divergieren. Der dem Verkäufer gemäß Art. 41 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 84, 86 EKG neben einem Rücktritt drohende Schadensersatzanspruch des Käufers wird diesen auch veranlassen, seine Aktivitäten der Vertragsanbahnung und seine Werbeaussagen wesentlich sorgfältiger, als er nach dem deutschen Recht dazu gezwungen ist, zu planen und durchzuführen. Gerade weil das einheitliche Kaufrecht dem Bereich der vorvertraglichen Verhandlungen wesentlich größere Bedeutung als das Bürgerliche Recht beimißt,²²⁵ kann mit Hilfe seiner Anwendung dem Erfordernis der Berücksichtigung der Kommunikationsbemühungen der Angebotsseite im Kaufrecht angemessen Rechnung getragen werden. Der Vertragsschluß und die zu ihm führenden Willenserklärungen der Parteien, Angebot und Annahme, werden hier weit weniger isoliert und ohne Berücksichtigung der Umstände, die aus dem Bereich der Vertragsanbahnung herrühren, betrachtet, so daß das einheitliche Kaufrecht mit den aktuellen Problemen der rechtlichen Qualifikation und Bedeutungszuweisung der modernen Wirtschaftswerbung wesentlich besser fertig wird als das deutsche BGB. Es tastet sich flexibler an den Inhalt der von den Parteien in jedem Einzelfall getroffenen Vereinbarungen heran und hat ein völlig gewandeltes Sanktionsverständnis – der Verkäufer ist typischerweise zur fehlerfreien Lieferung verpflichtet, andernfalls liegt eine Vertragsverletzung vor –, so daß schon deshalb eine individuell größere Interessengerechtigkeit im Falle eines Rechtsstreits gewährleistet ist.

Zur rechtlichen Beurteilung der Abwicklung der heute typischen Massenkäufe in einer hochindustrialisierten Wirtschaftsgesellschaft unter Verwendung von effizienten, kommunikativ-beeinflussend wirkenden Methoden der Vertragsanbahnung seitens der Angebotsseite ist das einheitliche Kaufrecht wesentlich besser geeignet als das BGB. Im wesentlichen²²⁶ finden sich dort für alle vorstehend im

²²³ S. oben III.7.2. ff.

²²⁴ Zur prinzipiellen Unterscheidung dieser Typen des Kaufs vgl. Dölle, Art. 18, Rdz. 19 ff. und Art. 42 Abs. 1 lit. b und c.

²²⁵ Vgl. hier insbesondere die Auslegungsrichtlinie des Art. 4 Abs. 2 EKAbschlußG. Vgl. dazu Dölle, Art. 4 EKG, Rdz. 30 ff.; Mertens/Rehbinder, Art. 4 EKG, Rdz. 11; Stötter, S. 70 f.

²²⁶ Das Problem der Funktionsteilung von Industrie und Handel kann grundsätzlich nicht allein durch das Vertragsrecht gelöst werden, so daß das EKG und das EKG-AbschlußG hier

Rahmen der Durchsicht der bürgerlich-rechtlichen Gewährleistung als kritisch und unzulänglich geregelt aufgezeigten Problempunkte angemessene Lösungswege. Insbesondere erscheint die Verteilung des notwendigerweise bei jedem Kaufabschluß zu tragenden geschäftlichen Risikos zwischen Verkäufer und Käufer wesentlich billiger und den bei uns heute vorherrschenden wirtschaftlichen Gegebenheiten adäquater als die des BGB. Jeder Versuch zur Weiterentwicklung unseres Kaufrechts sollte sich daher diese Regelungen des einheitlichen Kaufrechts vor Augen halten; dort wurden in der Tat von Experten in langwierigen Verhandlungen²²⁷ die Grundzüge für ein modernes und gerechtes Kaufrecht niedergelegt, dessen Relevanz nicht nur auf den internationalen Verkehr zwischen – bedauerlicherweise nur einigen wenigen – Vertragsstaaten²²⁸ beschränkt sein sollte.

8. Ökonomische Analyse des Kaufrechts

Dem bürgerlich-rechtlichen Institut der Haftung für Sachmängel gemäß §§ 459 ff. wird vom Privatrecht eine zentrale ökonomische Aufgabe zugewiesen. Es soll unter zumindest partikulärer Verdrängung anderer Teile des Privatrechts, etwa des Anfechtungsrechts oder der Haftung aus vorvertraglichem Verschulden, als das spezielle rechtliche Regelungs- und Sanktionssystem die Probleme lösen, die daraus entstehen können, daß im Zug der Abwicklung eines Kaufvertrags eine gegenständlich nicht vertragsgemäße Ware geliefert wird, ohne daß eine Nichterfüllung des Vertrags im technischen Sinn vorliegt.

Den aus dieser Aufgabe resultierenden wirtschaftlichen Anforderungen im Sinne der Sicherung eines optimalen Funktionierens der kaufrechtlich relevanten ökonomischen Güteraustauschprozesse muß das Rechtsinstitut der Haftung für Sachmängel genügen. Die richtige rechtliche Regelung von Fehlläufen im Rahmen von monetären oder realen Transaktionen ist eine wesentliche Voraussetzung für die Effizienz eines marktwirtschaftlich organisierten Güterverteilungssystems.

Im folgenden soll das Kaufrecht und insbesondere die Regelung der Sachmängelhaftung einer ökonomischen Analyse unterworfen werden, um zu einem Urteil über die wirtschaftliche Effizienz dieses Rechtsinstituts zu gelangen.

prinzipiell nicht ausreichen können. Dafür bedarf es zusätzlich anderer außer- und quasivertraglicher Haftungsgrundlagen in Abstimmung mit dem jeweiligen Deliktsrecht. Siehe dazu unten IV.3.

²²⁷ Vgl. dazu insbesondere Rabel, *Das Recht des Warenkaufs*, Bd. 1 und 2, passim; zur Entstehungsgeschichte des einheitlichen Kaufrechts vgl. Dölle, S. XXXI ff.

²²⁸ Vgl. Dölle, vor Art. 1–8, Rdz. 4. In Europa beigetreten sind nur die Staaten Großbritannien, San Marino, Belgien, Niederlande, Italien und die Bundesrepublik Deutschland; vgl. dazu auch Erste Entscheidungen zum Haager Einheitskaufrecht, RIW/AWD 1977, 424 mit Anm. von Magnus; Schiedssprüche zum Haager Kaufrecht, RIW/AWD 1978, 336 mit Anm. von Magnus.

8.1. Exkurs: Der methodologische Ansatz der ökonomischen Analyse des Rechts („Economic Analysis of Law“)

8.1.1. Herkunft und Rezeption durch die deutsche Rechtstheorie

Im deutschen Rechtskreis ist die Methode der ökonomischen Analyse des Rechts noch relativ wenig bekannt; bislang hat die deutsche Zivilrechtsliteratur nur vereinzelt im Zusammenhang mit bestimmten Teilaspekten diese Betrachtungsweise herangezogen.

R. Walz¹ hat z. B. den Versuch unternommen, Probleme des Umweltschutzes und des privatrechtlichen Immissionsschutzes unter Berücksichtigung der grundlegenden Überlegungen von Ronald Coase zur Bedeutung der „social costs“² einer zivilrechtlichen, aber zugleich auch marktbezogenen Lösung näherzubringen. Ähnlich hat sich H.-L. Weyers³ dieses Ansatzes zur Untersuchung der wirtschaftlichen Folgen von Unfällen unter Heranziehung ökonomischer Maßstäbe bedient.

Die relativ geringe Bekanntheit der Methode der ökonomischen Analyse beruht einerseits auf den Schwierigkeiten einer interdisziplinären Öffnung wissenschaftlicher Teildisziplinen und andererseits wohl darauf, daß die „Economic Analysis of Law“ fast ausschließlich von amerikanischen Wissenschaftlern entwickelt wurde und als kombinierte wirtschafts- und rechtswissenschaftliche Betrachtungsweise von der deutschen Rechtswissenschaft noch nicht genügend zur Kenntnis genommen worden ist. Dafür ist diese interdisziplinäre Theorie des Rechts auch noch zu jung. Das umfassende und zugleich grundlegende Werk von Richard A. Posner, die „Economic Analysis of Law“ ist im Jahr 1972 erschienen.⁴ In den Vereinigten

¹ Walz, R., Marktbezogener Umweltschutz und privatrechtlicher Immissionsschutz, in Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen, Festschrift für L. Raiser, Tübingen 1974, S. 185 ff.; vgl. ausführlich zur Methode der ökonomischen Analyse des Rechts die gerade erschienenen Aufsätze von Gotthold, Kirchner und Köhler, ZHR 144 (1980), 545 ff.

Zur Verwendung des Gedankens der richtigen Zuordnung jedes volkswirtschaftlichen Wertverzehr im Zusammenhang mit der Diskussion von Problemen des Umweltschutzes s. auch Rehbinders, E., Politische und rechtliche Probleme des Verursacherprinzips, S. 21 ff.; ders., Umweltrecht, RabelsZ 40 (1976) 363 ff.; Glasgow, M. (Hrsg.), Umweltgefährdung und Gesellschaftssysteme, S. 25 ff.

² Coase, R., The Problems of Social Cost, Journal of Law and Economics 3 (1960) 1 ff.; s. auch die deutsche Übersetzung dieses grundlegenden Aufsatzes in Assmann/Kirchner/Schanze (Hrsg.), Ökonomische Analyse des Rechts, S. 146 ff.; weitere Einzelheiten zu diesem Textbuch s. unten, Fußn. 8; s. auch Koller, I., Die Risikozurechnung bei Vertragsstörungen in Austauschverträgen, S. 58 f.

³ Weyers, H.-L., Unfallschäden, Praxis und Ziele von Haftpflicht- und Vorsorgesystemen, S. 481 ff.

⁴ S. Posner, R. A., Economic Analysis of Law, Boston 1972, 1. Aufl.; im Jahr 1977 ist die 2. Aufl. erschienen, die z. T. die zwischenzeitlich erhobene Kritik mit berücksichtigt. Vgl. auch Koch, H., Besprechung von R. A. Posner, Economic Analysis of Law, RabelsZ 40 (1976) 181 ff.

Zur Entstehung und Entwicklung dieser Rechtstheorie in den USA s. Schanze, in Assmann/Kirchner/Schanze, S. 4 ff.

Staaten hat sich jedoch mittlerweile die ökonomische Analyse des Rechts einen festen Platz an den wichtigsten Law Schools erobern können, so daß schon heute von einer Schule der wirtschaftswissenschaftlichen Untersuchung des Rechts gesprochen werden kann.⁵ Eine derartige Entwicklung ist in Deutschland noch nicht einmal rudimentär vorhanden.

Für den deutschsprachigen rechtswissenschaftlichen Leserkreis hat N. Horn als erster im Jahr 1976 einen einführenden Überblick über diese neue Methode der Heranziehung von ökonomischen Überlegungen zur Verbesserung rechtlicher Systeme gegeben.⁶ H. Kötz hat als Ergebnis der Teilnahme an einer Arbeitsgemeinschaft von Hochschullehrern, die in den Jahren 1975 und 1976 am Zentrum für interdisziplinäre Forschung der Universität Bielefeld eingerichtet war, einen Entwurf einer Lehrveranstaltung für Juristen zum Thema „Ökonomische Analyse von Rechtsproblemen“ vorgelegt.⁷ Am umfassendsten informiert über die amerikanische Theorie der „Economic Analysis of Law“ das jüngst erschienene Textbuch von Assmann/Kirchner/Schanze, die „Ökonomische Analyse des Rechts“,⁸ in dem Aufsätze von Posner, Polinsky, Coase, Calabresi, Michelman, Demsetz, Dam und Rosenbluth übersetzt und kommentiert worden sind sowie von den Herausgebern in kurzen Beiträgen eine Einführung in die Theorie der „Economic Analysis of Law“ gegeben wird.

Unabhängig vom amerikanischen Einfluß haben sich jedoch auch in der deutschen Privatrechtstheorie in den letzten Jahren zumindest in Teildisziplinen, vor allem auf kartell- und wettbewerbsrechtlichem Gebiet, erste Ansätze für eine verstärkte Betonung der wirtschaftlichen Betrachtungsweise von rechtlichen Problemen gezeigt.⁹

Auch bei Fikentscher, W., *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, Bd. 2, Anglo-amerikanischer Rechtskreis, S. 437, findet diese neue Methodenlehre eine Erwähnung.

⁵ Schanze berichtet in Assmann/Kirchner/Schanze, S. 6f., von über 400 amerikanischen Zeitschriftenbeiträgen zur Economic Analysis of Law sowie darüber, daß an allen führenden amerikanischen Universitäten spezielle Kurse in Law and Economics angeboten werden und daß 147 Professoren an den National Schools sich als „Law and Economic Scholars“ bekannt hätten. Auch die eng damit zusammenhängende Theorie der sogenannten „property rights“ hat inzwischen eine beachtliche Verbreitung erfahren; vgl. dazu Leipold, H., *Theorie der Property Rights: Forschungsziele und Anwendungsbereiche*, WiSt 1978, 518ff.; Horn, AcP 176 (1976) 313ff.; vgl. dazu auch die Hinweise bei Fußn. 1.

⁶ Horn, N., *Zur ökonomischen Rationalität des Privatrechts. – Die privatrechtstheoretische Verwertbarkeit der „Economic Analysis of Law“*, AcP 176 (1976) 307ff.

⁷ Kötz, H., in *Sozialwissenschaften im Studium des Rechts*, Bd. 1, Zivil- und Wirtschaftsrecht, Schriftenreihe JuS Didaktik, hrsg. von Horn und Tietz, München 1977, S. 234ff.

⁸ Kronberg 1978 (Athenäum Taschenbuch, Nr. 6211); vgl. dazu auch die Hinweise bei Fußn. 1.

⁹ Vgl. dazu Ulmer, P., *Überlegungen zur wirtschaftlichen Betrachtungsweise im Kartellrecht*, WuW 1971, 878ff.; Teichmann, A., *Die „wirtschaftliche Betrachtungsweise“ in der Anwendung des GWB*, in *Festschrift für H. Bartholomeyczik*, Berlin 1973, S. 377ff.; Lehmann, M., *Wirtschaftspolitische Kriterien in § 1 UWG*, in *Festschrift für E. Ulmer*, München 1973, S. 321ff.; Möschel, W., *Wettbewerb im Schnittfeld von Rechtswissenschaft und Natio-*

8.1.2. Grundlagen und Ausrichtung der ökonomischen Analyse des Rechts

Verständlicherweise können hier im Rahmen eines Exkurses nur einige einführende Bemerkungen zu den theoretischen Grundlagen der ökonomischen Analyse des Rechts gemacht werden. Insbesondere kann die Lehre der ökonomischen Analyse des Rechts nicht in ihrer Bedeutung für die Gesamtbetrachtung eines Rechtssystems näher dargestellt und gewürdigt werden; vielmehr muß aufgrund der Konzentration auf die zivilrechtliche Beurteilung der Vertragsanbahnung notwendigerweise eine Beschränkung auf das Privatrecht vorgenommen werden. Gerade für dieses Gebiet des Privatrechts hat die ökonomische Analyse des Rechts aber besonders fruchtbare methodologische Ansätze anzubieten.

Nach Posner¹⁰ beinhaltet die Ökonomische Analyse des Rechts eine Untersuchung und kritische Würdigung des geltenden Rechts durch Anwendung wirtschaftswissenschaftlicher Methoden. Es bedarf daher eines interdisziplinären wissenschaftlichen Ansatzes, der Methoden der Ökonomik mit denen der Jurisprudenz zu kombinieren vermag.¹¹ Das analytische Grundmodell Posners besteht ebenso wie bei Coase¹² oder Calabresi¹³ in der Anwendung spezieller Theorien oder spezifischer Methoden der Ökonomie auf bestimmte Teilgebiete eines Rechtssystems. Die

nalökonomie, WiSt 1978, 351 ff.; den gleichen kartellrechtlichen Ausgangspunkt hatte auch die „Economic Analysis of Law“, s. Posner, S. IX, sowie a. a. O., Fußn. 8, S. 103.

Allgemein zur Diskussion über die Bedeutung wirtschaftspolitischer Überlegungen im Rahmen der Auslegung von § 1 UWG vgl. Raiser, L., Marktbezogene Unlauterkeit, GRUR Int. 1973, 443; Schluep, Vom lauten zum freien Wettbewerb, GRUR Int. 1973, 446; Sack, § 1 UWG und Wirtschaftspolitik, WRP 1974, 247; Kraft, A., Die Berücksichtigung wirtschaftspolitischer und gesellschaftspolitischer Belange im Rahmen des § 1 UWG, in Festschrift für Bartholomeyczik, Berlin 1973, S. 223; Joerges, Klassisches IPR und UWG, RabelsZ 36 (1972) 421 ff. (461 ff.); Merkel, Zum Schutz des Leistungswettbewerbs durch die Gerichte, BB 1977, 705 (706); Ulmer, P., Schranken zulässigen Wettbewerbs marktbeherrschender Unternehmen 1977, 63.

Kritisch zur „wirtschaftlichen Betrachtungsweise“ Rittner, F., Die sogenannte wirtschaftliche Betrachtungsweise in der Rechtsprechung des BGH, *passim*.

Auf die besondere steuerrechtliche Bedeutung der „wirtschaftlichen Betrachtungsweise“ für § 4 AO (1919) kann hier nur verwiesen werden; vgl. Tipke, K., Steuerrecht, 5. Aufl., S. 93 ff.

¹⁰ Posner, S. 1 ff.

¹¹ Zu den Problemen einer derartigen interdisziplinären Zusammenarbeit s. Handelsblatt 8. 11. 1976: „Demütige Ökonomen – hochmütige Juristen. Spannungen im Miteinander der beiden Disziplinen“; vgl. auch die Beiträge in Wettbewerbsordnung im Spannungsfeld von Wirtschafts- und Rechtswissenschaft, Festschrift für G. Hartmann, Köln 1976, FiW-Heft 75; Grimm B. (Hrsg.), Rechtswissenschaft und Nachbarwissenschaft, 2. Aufl., S. 143 ff.; s. auch Zöpel, Ch., Ökonomie und Recht, S. 9 ff.; Mertens/Kirchner/Schanze, Wirtschaftsrecht. Eine Problemorientierung, *passim*; Kirchner, a. a. O., Fußn. 8, S. 75 ff.; Coing, H., Wirtschaftswissenschaften und Rechtswissenschaften, in Das Verhältnis der Wirtschaftswissenschaft zur Rechtswissenschaft, Soziologie und Statistik, hrsg. von Raiser/Sauermann/Schneider, Berlin 1964, S. 1 ff.; vgl. auch die Beiträge von P. Raisch/K. Schmidt und H.-G. Krüsselberg, in Rechtswissenschaft und Nachbarwissenschaften, Bd. I, hrsg. von D. Grimm, S. 143 ff., 168 ff.

¹² S. oben, Fußn. 2.

¹³ Vgl. a. a. O., Fußn. 8, S. 259 ff.

zentrale wissenschaftliche Frage zielt ab auf die kritische Überprüfung der Wirkungen des Rechts im Hinblick auf die Gestaltung einer optimalen ökonomischen Allokation der Ressourcen.¹⁴ Das Rechtssystem wird im Rahmen einer funktionalen Betrachtungsweise^{14a} daraufhin untersucht, welchen positiven oder negativen Beitrag es zur Erreichung eines Wohlfahrtsoptimums i. S. Pigous¹⁵ oder, moderner gesprochen, eines Pareto-Optimums¹⁶ gegenwärtig leistet. Anders und für unsere Untersuchung konkreter formuliert: In dem Maß, wie das Recht kontrollierend und ordnend ökonomische Transaktionsprozesse in der Realität zu regeln versucht, muß es sich seinerseits auch den ökonomischen Gesetzen der optimalen Allokation knapper Ressourcen unterwerfen. Die Rechtsordnung oder zumindest Teile derselben werden so von der ökonomischen Analyse des Rechts unter dem Blickpunkt ihrer richtigen instrumentalen Ausgestaltung im Hinblick auf die bestmögliche Erreichung eines bestimmten wirtschaftlichen Ziels betrachtet und insoweit auf ihre Effizienz hin untersucht. Der Ökonom bringt einerseits seine präskriptiven Vorstellungen von dem richtigen und möglichst effizienten Ablauf bestimmter wirtschaftlicher Vorgänge ein, während der Jurist andererseits die gegebenen rechtlichen Regelungen daraufhin untersuchen muß, inwieweit sie unter Berücksichtigung derartiger ökonomischer Modellvorstellungen optimal bzw. suboptimal ausgestaltet sind und wie sie näher an das Idealbild der optimalen Regelung herangeführt werden können. Das Recht muß durch kritische Untersuchungen und Anpassung an die tatsächlichen wirtschaftlichen Gegebenheiten so effizient ausgestaltet werden, daß es geeignet ist, das nach ökonomischen Erkenntnissen Erreichbare so weit wie möglich in die Realität umzusetzen.

Dem bürgerlich-rechtlichen Vertragsrecht¹⁷ muß z. B. die Aufgabe zugewiesen

¹⁴ D.h. eine bestmögliche Zuweisung aller relativ zu den Bedürfnissen der Wirtschaftssubjekte knapper Mittel zur jeweils produktiven oder konsumptiven Verwendung. Dieses Bemühen um eine optimale Allokation der Ressourcen hat für alle Wirtschaftssysteme gleichermaßen Gültigkeit, jedoch die Methode der Zuweisung – durch Preise und über Märkte oder durch zentralen Plan – differiert ganz erheblich; entsprechend der jeweiligen politischen Entscheidung für das eine oder andere System bzw. für Mischsysteme, lassen sich dezentralisiert oder zentralisiert gesteuerte Wirtschaftssysteme unterscheiden; vgl. dazu umfassend Stobbe, Gesamtwirtschaftliche Theorie, S. 276 ff.; Leipold, H., Wirtschafts- und Gesellschaftssysteme im Vergleich, S. 52 ff.

^{14a} Kritisch zur funktionalen Betrachtungsweise Lecheler, H., „Funktion“ als Rechtsbegriff?, NJW 1979, 2273 ff.

¹⁵ Zur Welfare-Theorie Pigous s. Stavenhagen, Geschichte der Wirtschaftstheorie, S. 388 ff.; s. auch Assmann, a. a. O., Fußn. 8, S. 41, 45 ff.; Coase, Das Problem der sozialen Kosten, Fußn. 8, S. 179 ff., 192 ff.

¹⁶ Zur Bedeutung des Pareto-Optimums s. Stobbe, S. 291. Diese Situation setzt eine solch effiziente Allokation der Ressourcen voraus, daß aufgrund der Existenz eines ökonomischen Gleichgewichts durch eine Änderung der Güterverteilung kein Wirtschaftssubjekt besser mit Gütern versorgt werden kann, ohne daß gleichzeitig ein anderes schlechter versorgt werden würde.

¹⁷ Vgl. dazu exemplarisch Trimarchi, P., Die Regelung der Vertragshaftung aus ökonomischer Sicht, ZHR 136 (1972) 118 ff., sowie umfassend das 4. Kapitel von Posner (1. Aufl.),

werden, eine möglichst marktkonforme Bedürfnisbefriedigung wahrscheinlich zu machen, indem vermeidbare Transaktionskosten ausgeschieden bzw. unvermeidbare dem richtigen Kostenträger („cheapest cost avoider“) zur Minimierung zugewiesen werden. Dies kann z.B. dadurch geschehen, daß aufgrund rechtlicher Verpflichtungen die voraussichtlichen Transaktionsparteien von Anfang an mit soviel Informationen und insbesondere mit richtigen, wahrheitsgemäßen Angaben versorgt werden, um möglichst weitgehend ein eventuelles nachträgliches Scheitern von Austauschprozessen auszuschließen.¹⁸

Als ökonomische Grundüberlegungen, die für eine erfolgversprechende Anwendung der ökonomischen Analyse des Rechts vorauszusetzen sind, werden von Posner¹⁹ die Kenntnis des Nachfragegesetzes, des Prinzips der Gewinn- bzw. Nutzenmaximierung und der Neigung der Ressourcen, einer möglichst höchstwertigen Verwendung entgegenzustreben, erwähnt. Weitere Voraussetzungen sind die damit eng zusammenhängenden ökonomischen Annahmen bzw. Erfahrungen, daß Wirtschaftssubjekte normalerweise im eigenen Interesse und zur Maximierung ihres Nutzens handeln und daß sie auf Änderung der Rahmenbedingungen der Umwelt mit einer Änderung ihres Verhaltens reagieren.²⁰

Dies zeigt, daß die ökonomische Analyse des Rechts im wesentlichen nur für marktwirtschaftlich orientierte Wirtschaftssysteme mit einer funktionierenden Wettbewerbsordnung Aussagekraft besitzen kann. Ein derartiger Bedingungs Zusammenhang besteht aber nicht nur in ökonomischer Hinsicht. Unter dem gemeinsamen Stichwort „Wohlfahrt“ müssen sich Politik, Recht und Ökonomie in einer Interdependenz der Ordnungen zusammenfügen lassen. Dies bedeutet, daß die ökonomische Analyse des Rechts dreier sich gegenseitig ergänzender gesellschaftlicher Voraussetzungen bedarf: Politisch erfordert sie eine demokratische, freiheitliche Grundordnung, ökonomisch eine durch Wettbewerb und marktwirtschaftlich dezentralisierte Mechanismen gesteuerte Wirtschaftsordnung und juristisch ein Privatrechtssystem.²¹ Sind diese Voraussetzungen gegeben, so vermag die ökonomische Analyse des Rechts die innere Harmonie dieser verschiedenen Teildisziplinen zu festigen und zu verbessern. Die ökonomische Analyse des Rechts kann daher inso-

a. a. O., Fußn. 4, S. 65 ff., Contract Rights and Remedies, s. auch a. a. O., Fußn. 8, S. 203 ff.; Horn, AcP 176 (1976) 319 ff.

¹⁸ Einzelheiten dazu s. unten 8.2; zum Begriff der Transaktionskosten vgl. grundlegend Calabresi, G., Transaction Costs, Resource Allocation and Liability Rules. A Comment, in J. Law and Economics 11 (1968) 67 ff.; alle Kosten, die im Zug der Vorbereitung und Abwicklung von Gütertauschvorgängen entstehen, sind als Transaktionskosten zu qualifizieren, vgl. auch unter 8.1.4; der „cheapest cost avoider“ ist jeweils derjenige, der den Eintritt eines Schadens oder vermeidbarer Kosten mit den geringsten eigenen Kosten vermeiden kann.

¹⁹ A. a. O., Fußn. 4 (2. Aufl.), S. 4 ff., Law and Economics: An Introduction, s. auch a. a. O., Fußn. 8, S. 93 ff.; Horn, AcP 176 (1976) 310 f.

²⁰ Diese ökonomischen Theoreme, die jedem Wirtschaftswissenschaftler bekannt sind, können hier nicht näher erörtert werden. Sie stellen die Grundbausteine jedes marktwirtschaftlich organisierten Wirtschaftssystems dar und sollten daher eigentlich auch jedem Juristen, zumindest dem Prinzip nach, vertraut sein. Vgl. dazu Stobbe, S. 287 ff.

weit als eine „ideologisch festgelegte“ wissenschaftliche Betrachtungsweise qualifiziert werden, als sie im Rahmen dieser vorstehend genannten Bedingungen keineswegs „systemüberwindend“, wohl aber systemkritisch und dadurch auch systemverbessernd und systemstabilisierend wirkt. Der Integrationsprozeß der verschiedenen gesellschaftlichen Teilordnungen kann insbesondere dadurch vorangetrieben werden, daß sich das Rechtssystem durch seine evolutive Weiterbildung anhand einer kritischen Betrachtung im Rahmen der ökonomischen Analyse des Rechts immer wieder neu dem sozialen und dem damit regelmäßig auch verbundenen wirtschaftlichen Wandel anpaßt. Gerade deswegen scheint die ökonomische Analyse des Rechts von ihrem methodologischen Ansatz her besonders gut geeignet zu sein, Hilfestellung bei der Realisierung eines der gegenwärtigen Träume²² der Zivilrechtswissenschaft zu geben, „... am Ende unseres Jahrhunderts das Phänomen der rechtlichen Konsequenzen einer industriellen Massengesellschaft offen anzugehen und hiermit ihren Beitrag zur Bewältigung des wirtschaftlichen und gesellschaftlichen ‚Fortschritts‘ zu leisten“.²³ Einer der möglichen und speziell dafür auch geeignet erscheinenden Wege ist der Versuch, zumindest die wirtschaftlich relevanten Teile des Privatrechts in eine allgemeine Theorie des Wirtschaftsrechts zu integrieren.²⁴ Dazu kann die Methode der ökonomischen Analyse des Rechts einen wertvollen Beitrag leisten.

8.1.3. Die methodologische Einordnung der ökonomischen Analyse des Rechts

Die Beschäftigung mit der ökonomischen Analyse des Rechts besitzt für die deutsche Rechtswissenschaft auch insofern eine besondere Attraktivität, als sich in ihr drei verschiedene wissenschaftliche Ausrichtungen oder privatrechtliche „Schulen“ zusammenführen lassen: die ordo-liberale Wirtschaftstheorie der sogenannten Freiburger Schule (F. Böhm, W. Eucken, A. Müller-Armack), die juristische Lehre der Rechtstatsachenforschung (A. Nußbaum, E. Hirsch, M. Rehbinder) und die moderne Entwicklung der Privatrechtstheorie in Richtung auf eine verstärkte Betonung der öffentlich-rechtlichen Funktionen der Privatrechtseinstitute (L. Raiser, E.-J. Mestmäcker, E. Steindorff).

²¹ S. Assmann, a. a. O., Fußn. 8, S. 26.

²² Schmidt, R., in Festschrift für Nipperdey, Bd. I 1965, S. 687ff. (691).

²³ Westermann, H. P., AcP 178 (1987) 152; s. auch Kübler, F., Über die praktischen Aufgaben zeitgemäßer Privatrechtstheorie, S. 33ff.; Großfeld, B., Zivilrecht als Gestaltungsaufgabe, S. 78ff.; Trimarchi, ZHR 136 (1972) 132f.

²⁴ Vgl. dazu insbesondere Steindorff, E., Einführung in das Wirtschaftsrecht der Bundesrepublik Deutschland, passim; ders., in Festschrift für L. Raiser (1971) S. 621ff.; Wiethölter, R., Privatrecht als Gesellschaftstheorie, in Festschrift für L. Raiser (1971) S. 646ff.; Mestmäcker, Über das Verhältnis des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen zum Privatrecht, AcP 168 (1968) 235ff.; ders., Recht, Macht, Wirtschaftsordnung, ZHR 137 (1973) 97ff.; Hart, D., Zur Instrumentierung des Wirtschaftsrechts am Beispiel der Wirtschaftsverfassung, ZHR 140 (1976) 31ff.; Hopt, K. J., Rechtssoziologische und rechtsinformatische Aspekte im Wirtschaftsrecht, BB 1972, 1017ff.; Mertens/Kirchner/Schanze, Wirtschaftsrecht, S. 196ff.

8.1.3.1. Die ordo-liberale Wirtschaftstheorie

Die ordo-liberale Wirtschaftstheorie hat aus primär wirtschaftswissenschaftlicher Sicht die Interdependenz von Wirtschafts- und Rechtsordnung besonders deutlich hervorgehoben und will im wesentlichen den Juristen zum Hüter der verfaßten Gesamtordnung bestimmen.²⁵ Mit Hilfe des Wettbewerbs als eine Art „staatlicher Veranstaltung“ soll der Preismechanismus, das fundamentale Theorem der Marktwirtschaft, funktionsfähig gemacht und erhalten werden. Der Rechtsordnung und bei Eucken insbesondere der Wettbewerbsordnung werden somit Aufgaben zugewiesen, deren Erfüllung der Durchsetzung einer bestimmten Wirtschaftsordnung dienlich ist und dabei auch eine interdisziplinäre Ausrichtung des Entscheidungsträgers erfordert.²⁶ Dem Rechtsdenken und der Rechtspraxis kommt somit die Verfolgung ganz bestimmter, anhand ökonomischer Kriterien festgelegter Zielfunktionen zu. Dieses Unternehmen der Identifizierung und inneren Abstimmung von Privatrechtsordnung und Wirtschaftsordnung in einem privatrechtlich strukturierten Wirtschaftsrecht kann durch die ökonomische Analyse des Rechts wesentlich erleichtert werden, denn diese Betrachtungsweise ermöglicht dem Juristen ein besseres Verständnis für die erforderliche Ausrichtung der Rechtsordnung auf ein rein ökonomisch definiertes Ziel, die optimale Allokation der Ressourcen. Das Wirtschaftsrecht muß so konzipiert und immer wieder der Realität angepaßt werden, daß es quasi zu einem automatisch wirkenden Garanten der kybernetischen Prozeßgestaltung eines ungestörten Marktablaufs wird. Das Verhalten der Wirtschaftssubjekte sollte – zumindest auch – durch das Wirtschaftsrecht so gesteuert und kontrolliert werden, daß es sich marktkonform entwickelt bzw. entwickeln kann. Die Wirtschaftstheorie bedarf zur Umsetzung ihrer wirtschaftswissenschaftlichen Erkenntnisse in die Realität der Hilfe des Rechts,²⁷ und dieses kann nur dann alle ökonomischen Transaktionsprozesse gerecht und zugleich auch effizient regeln, wenn es die Zielvorgaben der Ökonomie in ihrem inneren Wesen zu durchdringen und zu verstehen vermag.

8.1.3.2. Der Stellenwert der Rechtstatsachenforschung

Dabei sind nicht zuletzt die Erkenntnisse aus rechtstatsächlichen Untersuchungen von Wert, die mit erfahrungswissenschaftlichen Methoden vorgenommen worden

²⁵ S. statt vieler Eucken, W., Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 3. Aufl., S. 183: „Diese ‚Interdependenz der Ordnungen‘ ist ein wesentlicher Tatbestand des Lebens und gerade des modernen Lebens. Ihre Erkenntnis ist eine Voraussetzung für das Verständnis aller Probleme sowohl der Wirtschaftspolitik als auch der Rechts- und Staatspolitik der Gegenwart.“ Vgl. dazu auch Assmann, a. a. O., Fußn. 8, S. 25ff.

²⁶ Vgl. dazu exemplarisch zum Verkauf unter Einstandspreis Eucken, W., Grundlagen der Nationalökonomie, 7. Aufl., S. 241; Böhm, F., Wettbewerb und Monopolkampf, S. 291 ff.; s. auch meinen Aufsatz: Schutz des Leistungswettbewerbs und Verkauf unter Einstandspreis, GRUR 1979, 321 ff.

²⁷ Dies vor allem deshalb, weil das Wirtschaftsgeschehen nach moderner Auffassung nur zum Teil selbstregulierende Mechanismen besitzt; auf dieser Erkenntnis beruht der besondere Verdienst der ordo-liberalen Wirtschaftstheorie.

sind.²⁸ Die empirische Sozialforschung hat mittlerweile ein wissenschaftlich hinreichend abgesichertes Instrumentarium entwickelt, damit fundierte Aussagen etwa über einen Vergleich der Soll-/Ist-Situation des Rechts getroffen werden können. Anhand einer derartigen Gegenüberstellung von Normativität und Realität des Rechts unter Heranziehung von rechtstatsächlichen Erhebungen kann die Notwendigkeit von rechtspolitischen Maßnahmen erkannt werden, um die Effektivitätsquote des Rechts zu heben.²⁹ Die ökonomische Analyse des Rechts ist gerade unter dem Gesichtspunkt der Verbesserung der wirtschaftlichen Effizienz rechtlicher Regelungen³⁰ besonders daran interessiert, unter Hintanstellung vorwiegend rechtsdogmatischer und auch rechtshistorischer Erwägungen die Wirkungen des Rechts unter den jeweils aktuell vorhandenen Gegebenheiten möglichst realitätsnah zu erfassen und Rechtsänderungen in ihren ökonomischen Folgen zu analysieren. Unter diesem Gesichtspunkt erscheint die ökonomische Analyse des Rechts als eine in erster Linie utilitaristisch und pragmatisch angelegte Theorie;³¹ andererseits kann aber auch keine einzige aufgrund ihrer Verwendung gewonnene wissenschaftliche Erkenntnis ohne die Berücksichtigung rechtsdogmatischer Überlegungen für die juristische Theorie oder Praxis verwertbar gemacht werden. Es bedarf vielmehr in jedem Fall einer rechtsdogmatischen Eingliederung und Übersetzung, denn nur so kann trotz aller Bemühungen um die Verbesserung der ökonomischen Effizienz des Rechts dessen systematische Kontinuität und Geschlossenheit gewahrt werden. Die Rechtstatsachenforschung vermag in diesem Zusammenhang die für eine kompetente ökonomische Analyse des Rechts notwendigen Informationen über das „law in action“³² besser als jede andere rechtswissenschaftlich relevante Methode zu vermitteln. Im Rahmen der Anwendung der ökonomischen Analyse des Rechts sollten daher vor allem diejenigen Programmsätze Arthur Nußbaums Beachtung finden, die seit jeher Ausgangspunkt jeder rechtstatsächlich-wissenschaftlichen Ausrichtung gewesen sind: „In erster Linie gilt es, zu erforschen, wie die Formen der tatsächlichen Anwendung des Gesetzes beschaffen sind, insbesondere in welcher Weise das Gesetz von den Gerichten und dem Publikum tatsächlich angewendet wird, ferner welche Zwecke mit den Normen verfolgt werden und welche Wirkungen sie äußern.“³³

²⁸ S. dazu statt vieler Reh binder, M., Rechtssoziologie, S. 100f.; exemplarisch s. oben I. 4.

²⁹ Reh binder, S. 169ff.; s. auch Hopt, K. J., Was ist von den Sozialwissenschaften für die Rechtsanwendung zu erwarten?, JZ 1975, 341 ff.; Blankenburg, E., Empirische Rechtssoziologie, insbesondere S. 193 ff.; Friedrichs, J., Methoden der empirischen Sozialforschung, S. 32 ff., 189 ff.

³⁰ Posner, a. a. O., Fußn. 8, S. 99; s. auch Horn, AcP 176 (1976) 310 ff. Horn, a. a. O., S. 320, bezeichnet jedoch zu Recht die ökonomische Analyse des Rechts, so wie sie von Posner skizziert wird, als eine empirieabgewandte, modellhafte Denkmethode, so daß gerade deswegen die Einbeziehung rechtstatsächlicher Methoden die Fehler einer möglicherweise zu einseitigen ökonomisch-theoretischen Betrachtungsweise wieder wettmachen kann.

³¹ Horn, AcP 176 (1976) 313.

³² S. Mertens/Kirchner/Schanze, S. 124 ff.; vgl. in diesem Zusammenhang auch Fikentscher, Methoden des Rechts, Bd. II, S. 273 ff.

³³ Nußbaum, A., Die Rechtstatsachenforschung. Ihre Bedeutung für Wissenschaft und Un-

Zur Verbesserung der ökonomischen Rationalität des Rechts wäre es daher wünschenswert, vor jeder kritischen rechtspolitischen Stellungnahme mit rechtstatsächlichen Methoden die Realität des Rechts untersuchen zu können.³⁴ Häufig wird dies aber auf rein praktische und finanzielle Schwierigkeiten stoßen. Gleichwohl kann prinzipiell nur mit rechtstatsächlichen Forschungsmethoden die Divergenz zwischen gesellschaftlich-sozialem „Sein“ und rechtlichem „Sollen“ ermittelt und durch eine weiterführende dogmatische Verarbeitung dieser Ergebnisse die Rechtsordnung in die Lage versetzt werden, auch ihrerseits den wirtschaftlichen Wandel angemessen zu berücksichtigen und nachzuvollziehen. Gerade in Zeiten besonders rapider und grundlegender gesellschaftlicher Veränderungen ist ein derartiges wissenschaftliches „Fühlen am Puls der Zeit“ besonders vordringlich. „Je mehr diese Einsicht“ (der Divergenz von rechtlicher Schulmeinung und Rechtswirklichkeit, Anmerkung des Verfassers) „durch die neuere wirtschaftliche Entwicklung und vor allem durch die erschütternden Erlebnisse der letzten Jahre sich verallgemeinert und vertieft hat, um so stärker wird sich der Jurisprudenz das Bedürfnis nach einer Erforschung der Rechtswirklichkeit aufdrängen.“³⁵

Für unsere Untersuchung sind es insbesondere die wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Veränderungen, die sich im Zug der ständig fortschreitenden Industrialisierung ergeben haben, z.B. das veränderte Käuferverhalten auf einem Käufermarkt und die modernen Ausprägungsformen von Marketing und Werbung sowie alle sonstigen nachfragestimulierenden Aktivitäten der Angebotsseite,³⁶ die eine privatrechtliche Neuorientierung unter Heranziehung des methodologischen Instrumentariums der ökonomischen Analyse des Rechts bedürfen. Die Notwendigkeit einer derartigen Anpassung der Rechtssituation an die gewandelten Marktbedingungen, insbesondere eine Verbesserung des zivilrechtlichen Schutzes der Nachfrageseite gegenüber den modernen Marketingmethoden der Vertragsanbahnung, ist durch die rechtstatsächlichen Erhebungen des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Patent-, Urheber- und Wettbewerbsrecht in München belegt worden.³⁷

8.1.3.3. Die öffentliche Funktion des Privatrechts

Zum dritten kann die ökonomische Analyse des Rechts einen Beitrag zur neuerlich entfachten zivilrechtlichen Diskussion über die öffentliche Funktion des Privatrechts leisten.³⁸ Seitdem L. Raiser³⁹ und in bestimmten Einzelfragen noch weiterge-

terrichtet (1914), in *Die Rechtstatsachenforschung. Programmschriften und praktische Beispiele*, hrsg. von M. Rehbinder, S. 18 ff. (24).

³⁴ Inzwischen ist auch beim Bundesministerium der Justiz ein Referat für Rechtstatsachenforschung eingerichtet worden.

³⁵ Nußbaum, A., *Ziele der Rechtstatsachenforschung* (1920), a. a. O., Fußn. 33, S. 48.

³⁶ S. oben I.

³⁷ S. dazu oben I. 4.

³⁸ Besonders dieser Anknüpfungspunkt wird von Horn in den Vordergrund gerückt, s. AcP 176 (1976) 307 ff.; s. auch Assmann, a. a. O., Fußn. 8, S. 22, 30 ff., 54.

³⁹ Raiser, L., *Die Zukunft des Privatrechts*, S. 7 ff.; s. auch ders., *Die Aufgabe des Privatrechts. Aufsätze zum Privat- und Wirtschaftsrecht aus drei Jahrzehnten*, S. 208 ff.

hend E. Steindorff⁴⁰ die Forderung erhoben haben, dem Privatrecht neben der Aufgabe der Regelung individueller Interessendivergenzen auch eine ordnungspolitische, öffentliche Funktion beizumessen, befindet sich dieses in einer Art „Transformationslage“.⁴¹ Im Zug dieser Entwicklung in Richtung auf eine weitreichende Neubestimmung der *Ordnungsfunktion des Privatrechts im Kontext einer bestimmten Wirtschaftsordnung* kann der methodologische Ansatz der ökonomischen Analyse des Rechts gewinnbringend verwendet werden. Die privatrechtliche Umsetzung der verfassungsrechtlichen Verpflichtung auf einen sozialen Rechtsstaat, nicht nur in den Bereichen des klassischen Sozialrechts, sondern auch in den wirtschaftsrechtlich relevanten Teilen des Bürgerlichen Rechts, verlangt vor allem die immer wieder neue Berücksichtigung des Wandels der zu beurteilenden ökonomischen „Realien“. In einem derartigen Wirtschafts- und Gesellschaftsmodell ist nach heutiger Erkenntnis „die Zuerkennung und Ausübung der Privatrechte, wenigstens soweit sie zugleich wirtschaftliche und soziale Macht bedeuten, nicht mehr unabhängig von ihrer sozialen und gesamtwirtschaftlichen Funktion“.⁴²

Gegenwärtig erscheint die deutsche Privatrechtswissenschaft wegen der Diskussion über einen zumindest begrenzten Funktionswandel elastisch genug, um die ökonomische Analyse des Rechts rezipieren zu können: Es steht nicht mehr das Privatrecht und vor allem das Bürgerliche Recht wie ein erratischer unbeweglicher Block im Raum, wie dies einstmals der Fall war. In dem Maß, wie konstatiert werden kann, daß das Privatrecht sich heute in einem „diffusen Ausbruch ... in traditionell außerrechtswissenschaftliche Bereiche“⁴³ befindet, ist dieses auch genügend offen für die Aufnahme bislang nichtgeübter wissenschaftlicher Methoden.

Die öffentliche Funktion des Privatrechts kann im Rahmen der ökonomischen Analyse des Rechts dadurch besonders zum Tragen kommen, daß man neben den grundsätzlich „mikro-juristischen“ Ansatz der Interessenjurisprudenz⁴⁴ den tendenziell „makro-juristischen“ Ansatz des Programms einer „mixed economy“ stellt.⁴⁵ Die ökonomische Analyse des Rechts vermag in diesem Zusammenhang dem Privatrecht bestimmte Ordnungsfunktionen im Hinblick auf die Ausgestaltung

⁴⁰ Steindorff, E., *Wirtschaftsordnung und -steuerung durch Privatrecht?*, in Festschrift für L. Raiser, S. 621 ff.; s. auch Jahr, G., *Funktionsanalyse von Rechtsfiguren als Grundlage einer Begegnung von Rechtswissenschaft und Wirtschaftswissenschaft*, in Raiser/Sauermann/Schneider, a. a. O., Fußn. 11, S. 14 ff.

⁴¹ Assmann, a. a. O., Fußn. 8, S. 23.

⁴² Wieacker, F., *Der Kampf des 19. Jahrhunderts um die Nationalgesetzbücher*, in *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, S. 93.

⁴³ Wiethölter, R., *Privatrecht als Gesellschaftstheorie?*, in Festschrift für L. Raiser, S. 645 ff. (647); diese Betonung der sozialen Funktion des Rechts ist allerdings auch schon bei Jhering anzutreffen, s. Larenz, *Methodenlehre*, 4. Aufl., S. 52.

⁴⁴ Vgl. dazu statt vieler Larenz, *Methodenlehre*, 4. Aufl., S. 53 ff.

⁴⁵ Assmann, a. a. O., Fußn. 8, S. 25, 30. Unter „mixed economy“ ist ein gesellschaftliches Strukturmodell zu verstehen, in dem ein harmonisches und sich ergänzendes Nebeneinander von marktmäßiger Organisation und rationaler Wirtschaftspolitik bzw. Wirtschaftsplanung angestrebt wird. Auch hier ergeben sich wieder Parallelen zum neoklassischen Ansatz der Freiburger Schule, s. oben, Fußn. 25.

und Absicherung der Wirtschaftsordnung zuzuweisen, indem sie die wirtschaftlichen Wertungsgesichtspunkte bei der Auslegung und Ausgestaltung privatrechtlicher Normen hervorhebt. Das Privatrecht kann so vor allem in seinen wirtschaftsrechtlich orientierten Teilen in ein umfassendes Konzept des Wirtschaftsrechts integriert werden und erhält genauso wie z. B. das GWB, UWG oder das Stabilitätsgesetz auch die Aufgabe, alles seinerseits Mögliche zu unternehmen, um zur Absicherung geordneter ökonomischer Entwicklungen beizutragen.⁴⁶ Vom Standpunkt der ökonomischen Analyse des Rechts aus betrachtet – der jedoch nur als einer von mehreren möglichen methodologischen Ansätzen aufgefaßt werden sollte⁴⁷ –, bekommt das Privatrecht den Charakter eines Instruments des „social and political engineering“, indem stärker als bislang im Zusammenhang mit einer stillschweigenden oder expliziten Anwendung der „wirtschaftlichen Betrachtungsweise“⁴⁸ eine ökonomische Analyse und Folgenorientierung des Privatrechts zur Optimierung aller wirtschaftlichen Austauschgeschäfte zum Zweck einer bestmöglichen Allokation von Kosten und Ressourcen verfolgt wird.

Dieser makro-juristische Ansatz der ökonomischen Analyse des Rechts, der auf die kritische Überprüfung und künftige Optimierung von bestimmten Rechtsinstituten im Zug einer Verbesserung der rationalen Erfassung ökonomischer Sachzusammenhänge abzielt, ist wegen seiner Orientierung an ökonomischen Zielvorgaben und Kriterien, insbesondere dem der wirtschaftlichen Effizienz der rechtlichen Regelung von Transaktionsprozessen, zwar weniger dazu geeignet, Hilfestellung bei Einzelfallentscheidungen zu leisten. Besser als im Rahmen von juristischen Einzelfallentscheidungen kann die ökonomische Analyse des Rechts aber den kritischen Blick für die Ausgestaltung ganzer Regelungskonzepte schärfen, indem sie etwa mittels der Gesamtbetrachtung des Sanktionssystems der Haftung aus Gewährleistung dessen ökonomische Effizienz aufzuzeigen vermag. Posner⁴⁹ veranschaulicht dieses Phänomen anhand eines Beispiels: X wird durch einen nachlässigen Jäger Y getötet. Der Jurist ist tendenziell eher dazu geneigt, die Frage zu klären, wer die „Kosten“ dieses Unfalls zu tragen hat, während der Ökonom sich eher für die Fragestellung interessieren wird, mit welchen Methoden die Verhütung künftiger

⁴⁶ Besonders deutlich Mestmäcker, Über die normative Kraft privatrechtlicher Verträge, JZ 1964, 441; vgl. auch ders., Vortrag anlässlich des Wechsels der Leitung des Max-Planck-Instituts Hamburg: „Im Wirtschaftsrecht liegen ungelöste Fragen des Privatrechts“, MPG-Spiegel 2/1979, S. 24f.

⁴⁷ Der Absolutheitsanspruch Posners i. S. einer Gesamtheorie des Privatrechts oder sogar der Rechtsordnung überhaupt wird hier nicht geteilt; s. auch Horn, AcP 176 (1976) 330; Kirchner, a. a. O., Fußn. 8, S. 78f.

⁴⁸ S. oben, Fußn. 9. Unrichtig wäre es, die ökonomische Analyse des Rechts als eine Art erweiterter „wirtschaftlicher Betrachtungsweise“ des Rechts auffassen zu wollen. Sie geht wesentlich weiter, indem sie neben rechtliche auch gleichwertige ökonomische Zielvorgaben stellt und daher eine interdisziplinäre Methode i. S. Mestmäckers ist, weil es um die „parallele Anwendung von Erkenntnismethoden beider Wissenschaften zur Lösung einheitlicher Sachfragen“ geht; s. Jahr, a. a. O., Fußn. 40, S. 16.

⁴⁹ S. a. a. O., Fußn. 8, S. 106; s. Horn, AcP 176 (1976) 313.

gleichartiger Unfälle verfolgt werden könnte. Posner selbst bezeichnet diesen Gegensatz zwar als übertrieben, jedoch zeigt er besonders pointiert die spezifische Folgenorientierung der ökonomischen Analyse des Rechts auf.

Die Funktionsanalyse des subjektiven Rechts unter Berücksichtigung ökonomischer und damit zugleich auch gemeinwohlbezogener Zielvorgaben kann die aktuelle Diskussion über die „öffentlichen Funktionen“ des Privatrechts neu befruchten, denn die Anwendung der ökonomischen Analyse des Rechts setzt implizit eine Abkehr von einer rein individuellen Schuldrechtskonzeption voraus.⁵⁰ Eine Neuorientierung der Ordnungsfunktion des Privatrechts unter Berücksichtigung seines wirtschaftsrechtlichen Handlungsbezugs, kurz der Versuch einer Integration wesentlicher Teile des Privatrechts in eine allgemeine Theorie des Wirtschaftsrechts unter Heranziehung der Erkenntnismethoden der ökonomischen Analyse des Rechts, könnte einen Beitrag zur Fortbildung der Privatrechtstheorie und vielleicht zugleich auch zur Überwindung der „Krise des liberalen Vertragsdenkens“ leisten.⁵¹

8.1.4. Die Bedeutung der ökonomischen Analyse des Rechts für das Vertragsrecht

Ebenso wie das BGB⁵² baut die ökonomische Analyse des Rechts im Rahmen der Behandlung des Vertragsrechts auf klassisch liberalen Modellvorstellungen auf.⁵³ Der Vertrag ist die rechtliche Kategorie, die die Parteien in die Lage versetzt, ein möglichst effizientes, über die freie Bildung der Preise gesteuertes Verhalten beim Gütertausch anzustreben. So betrachtet wird der Vertrag zu einem rechtlichen Instrument der ökonomischen Plangewährleistung, d. h. er dient der vorausschauenden und sichernden Ordnung jedes marktwirtschaftlichen Transaktionsprozesses und wird damit zum Garanten für die bestmögliche Durchführung der Allokation knapper Ressourcen i. S. des Pareto-Optimums. Funktionierender Wettbewerb und ökonomische Entscheidungsfreiheit vorausgesetzt, senkt der Vertrag nicht nur die Transaktionskosten (d. h. den in Geld ausdrückbaren Aufwand, der im Zug eines ökonomischen Austauschprozesses notwendig ist, damit ein für beide Teile vorteilhafter Zustand erreicht werden kann), indem Vertragsabschluß und bis zu einem gewissen Grad auch die Vertragsverhandlungen bewußt formalisiert werden, sondern ermöglicht auch aufgrund des Grundsatzes „pacta sunt servanda“ die Herausbildung des für das optimale Funktionieren jedes Wirtschaftskreislaufs notwendigen Vertrauens auf die Einhaltung bestimmter Tauschvereinbarungen. Jeder Tauschvorgang, der oberhalb der Schwelle eines einfachen Zug-um-Zug-Austauschgeschäfts liegt, bedarf einer differenzierteren ökonomischen Plangewährleistung. Je höher

⁵⁰ Vgl. dazu am weitreichendsten E. Schmidt, Zur „sozialen Aufgabe des Schuldrechts“, in Esser/Schmidt, Schuldrecht, AT, 1. Teilband, S. 4 ff.; s. auch Raiser, L., Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im deutschen Zivilrecht, JZ 1971, 465 ff.

⁵¹ S. dazu die gleichlautende Schrift von Kramer, E. A., München 1974, S. 8 ff.; vgl. dort bei Fußn. 2 die Nachweise zur europäischen Dimension dieses Problems.

⁵² S. oben II. 1; vgl. umfassend zur ökonomischen Analyse des Vertragsrechts, Köhler, ZHR 144 (1980), 589 ff.

⁵³ Posner, 2. Aufl., S. 65 ff. (4. Kapitel); s. auch a. a. O., Fußn. 8, S. 203 ff.

entwickelt und variationsreicher ein Wirtschaftssystem ist, desto flexibler und anpassungsfähiger muß daher auch das Vertragsrecht sein, um die ökonomisch erwünschten Abgrenzungen bei unterschiedlichen Transaktionsvorgängen angemessen rechtlich nachvollziehen zu können.⁵⁴

Zugleich dient aber der Prozeß des Vertragsabschlusses auch dazu, die inhaltliche Richtigkeit eines ökonomischen Transaktionsvorgangs zu gewährleisten. Indem der Privatrechtsordnung zum einen die Aufgabe, die Willens- und Entscheidungsfreiheit der Parteien sicherzustellen, und zum anderen die öffentliche Funktion⁵⁵ der Erhaltung der Wettbewerbsordnung zugewiesen wird,⁵⁶ soll durch die dadurch verbürgte Möglichkeit des freien Aushandels der Vertragsbedingungen nicht nur eine effiziente, sondern auch gerechte Regelung aller Austauschvorgänge sichergestellt werden. Kennzeichnend für diese liberale Ausgangsposition der ökonomischen Analyse des Rechts ist die Wahl des Beispiels, das Posner in diesem Zusammenhang gibt:⁵⁷ Ein Verbraucher will ein Pfund Salinensalz kaufen. Er geht zum Einzelhändler und verhandelt über den Preis. Der Einzelhändler untersucht das Geld, und der Verbraucher überprüft die Qualität des Salzes, indem er es kostet, durchsiebt und abwägt, wohlgerne mit einer Waage, die der Verbraucher selbst mit sich führt. In einem derartigen klassisch-idealisierten Fall kann man in der Tat vernünftigerweise davon ausgehen, daß im Fall eines solchermaßen vollzogenen Austausches des Pfundes Salz gegen das Entgelt das Salz für den Käufer und das Geld für den Verkäufer jeweils mehr wert ist als das dafür im Austausch selbst hingeebene Wirtschaftsgut.⁵⁸ Derartig modellhafte ökonomische Vorstellungen entsprechen heute im Regelfall freilich nicht mehr der Realität.⁵⁹ Posner⁶⁰ spricht daher in diesem Zusammenhang sofort auch die Probleme der Verträge an, die aus der Sicht des Verbrauchers auf der Basis „take it or leave it“ abgeschlossen werden. Allerdings vertritt Posner auch insoweit die Auffassung, daß derartige Erscheinungen im wesentlichen durch den Wettbewerbsmechanismus und durch den zivilrechtlichen Schutz der Verbraucher gegen „fraud“ gelöst werden könnten. Dieser Schutz des Verbrauchers vor „Arglist“ stelle daher ein ganz entscheidendes Postulat der ökonomischen Analyse des Rechts an das Privatrecht dar.⁶¹

Damit wird jedoch zugleich die weiterführende Frage nach der rechtlichen Bestimmung einer Pflicht zur Informationsgewährung und einer Haftung für infor-

⁵⁴ Beispielhaft sei hier nur an die Entwicklung der Rechtsfigur des Sicherungseigentums mit ihren Schwierigkeiten insbesondere bei Zwangsvollstreckung und Konkurs erinnert; das Pfandrecht konnte die gewünschten ökonomischen Differenzierungen nicht nachvollziehen.

⁵⁵ S. oben III.8.1.3.

⁵⁶ Posner, 1. Aufl., S. 53 ff., 156 ff., erwähnt in diesem Zusammenhang insbesondere Maßnahmen der FTC und die „consumer class action“; s. auch Horn, AcP 176 (1976) 319.

⁵⁷ Posner, 1. Aufl., S. 41.

⁵⁸ Posner, a. a. O.

⁵⁹ Zur aktuellen Situation der Vertragsanbahnung in Deutschland s. oben I.4.

Vgl. in diesem Zusammenhang auch Trimarchi, ZHR 136 (1972) 136.

⁶⁰ Posner, 1. Aufl., S. 53.

⁶¹ Vgl. dazu a. a. O., Fußn. 8, S. 220 ff.

mierende Angaben aufgeworfen. Posner⁶² gibt uns darauf folgende Antwort: „We have a suggested a criterion for allocating liability for ignorance between seller and buyer: according to who can obtain the relevant information at lower cost. If a consumer product is simple, any defects in it are patent, and it is the type of product that the consumer buys frequently (so that he has ample opportunity to become acquainted with its qualities), then a rule of caveat emptor makes good economic sense. If, however, the product is complex and any defects latent, and if it is purchased infrequently, the cost of obtaining relevant information may be much higher to the consumer than to the seller and the seller should be liable for nondisclosure of information important to a sensible choice by the consumer.“

In engem Zusammenhang mit dieser Differenzierung und der Zuweisung von ökonomischen Aufklärungs- und Informationspflichten steht der Gedanke der Haftung für Falschinformationen. Die Frage der Haftung gegenüber den Konsumenten für die Verbreitung von Falschinformationen kann nur in eine Richtung gehend beantwortet werden: Die Kosten des Inverkehrbringens und der Berichtigung von Falschinformationen stellen einen unkompensierten sozialen Schaden dar (deadweight social loss): Eine Irreführung bedingt Kosten für Verkäufer wie Käufer, denen prinzipiell kein sozialer Nutzen gegenübersteht.⁶³ In dem Umfang, in dem Falschinformationen durch Abschreckung und Prävention – zu geringen Kosten – mittels Schaffung von rechtlichen Bestimmungen reduziert werden könnten, ist daher jedes rechtliche Eingreifen legitimiert. Auch Posner hebt trotz seiner liberalen Grundeinstellung in diesem Zusammenhang hervor, daß es keinen funktionierenden Marktmechanismus gegen „betrügerische Werbung“ gibt, sondern daß im Gegenteil ein ökonomischer Anreiz existiert, sich als Wettbewerber durch falsche Werbeangaben gegenüber den Konsumenten im Wettbewerb einen Vorsprung zu sichern.⁶⁴ Gerade deswegen ist die Bekämpfung der Täuschung eine vordringliche privatrechtliche Aufgabe, um einen effizienten und schon auf den ersten Anhieb funktionierenden Güteraustausch zu gewährleisten. Der dabei heranzuziehende gedankliche Ansatz der ökonomischen Analyse des Rechts lautet: „The economic test . . . is whether the imposition of liability will create incentives for valuemaximizing conduct in the future.“⁶⁵

Gleich dem Wettbewerbsrecht muß somit auch das Vertragsrecht alle ihm zukommenden rechtlichen Möglichkeiten ausschöpfen, um das optimale Funktionieren des Güteraustauschprozesses zu gewährleisten. Als gedankliche Hilfe dazu bie-

⁶² Posner, 1. Aufl., S. 50.

⁶³ Posner, a. a. O., Fußn. 8, S. 222.

⁶⁴ S. dazu oben I.3.

⁶⁵ Posner, 1. Aufl., S. 43; s. auch Trimarchi, ZHR 136 (1972) 120: „Die vertragliche Haftung muß daher in einer Weise geregelt werden, welche die Möglichkeit berücksichtigt, Gläubiger und Schuldner zur Anwendung einer Kombination von Sorgfaltsmaßnahmen zu veranlassen, die aus gesamtwirtschaftlicher Sicht als optimal anzusehen ist. Dann können die Regeln über die vertragliche Haftung dazu beitragen, eine optimale Verteilung der produktiven Ressourcen zu bestimmen, in dem Sinne, welcher diesem Begriff in den Untersuchungen zu den ‚welfare economics‘ zugewiesen wird.“

tet die ökonomische Analyse des Rechts diejenigen ökonomischen Zielfunktionen an, die das Ergebnis theoretisch-modellhafter Überlegungen unter Einbeziehung der Existenz eines funktionierenden Wettbewerbs und zumindest potentieller Verhandlungspartitäten zwischen den Transaktionspartnern sind. Das aktuelle rechtspolitische Anliegen der Verbesserung des Verbraucherschutzes erscheint, von diesem Standpunkt aus betrachtet, nicht nur als ein Ergebnis rechtlicher Billigkeitserwägungen, sondern als eine genuine ökonomische Voraussetzung, die für die Ermöglichung marktrationalen Verhaltens der Wirtschaftssubjekte zwingend notwendig ist.⁶⁶

8.1.4.1. Allgemeine Geschäftsbedingungen

Diese Betrachtungsweise der ökonomischen Analyse des Rechts im Rahmen des Vertragsrechts soll anhand einiger Beispiele noch besser veranschaulicht werden.⁶⁷ Ausgehend von der Grundüberlegung der ökonomischen Analyse des Rechts, daß das Vertragsrecht demjenigen bestimmte Pflichten und Lasten im Rahmen eines Güteraustauschprozesses zuweisen soll, der sie am kostengünstigsten tragen kann, muß z. B. das Verhältnis von dispositiven und zwingenden rechtlichen Bestimmungen zur inhaltlichen Ausgestaltung von Verträgen näher festgelegt werden. Zwar kann grundsätzlich der Gedanke der Privatautonomie⁶⁸ für sich die widerlegbare Vermutung der Gewährleistung einer möglichst großen Marktrationalität beanspruchen, jedoch darf dies nicht dazu führen, daß unter Berufung auf diesen Rechtsgedanken eine unwirtschaftliche und somit volkswirtschaftlich schädliche Kostenverteilung vorgenommen wird.

Viele Haftungsfreizeichnungen bzw. sonstige Abwälzungen von bestimmten schuldrechtlichen Pflichten der Anbieterseite auf die Nachfragerseite werden mit dem Hinweis auf einen vermeintlichen ökonomischen Rationalisierungseffekt begründet.⁶⁹ Es gibt heutzutage praktisch kaum einen Bereich im Wirtschaftsleben, in dem Allgemeine Geschäftsbedingungen nicht eine bedeutende Rolle spielen. Dieses selbstgeschaffene Recht der Wirtschaft dient aber regelmäßig nicht nur dazu, rechtliche Vereinbarungen im Zusammenhang mit ökonomischen Austauschprozessen zu vereinfachen und zu formalisieren, sondern zugleich auch dazu, die eigene Rechtsposition zu Lasten der Nachfrageseite zu verbessern. Dies geschieht häufig, ohne daß dafür eine zwingende ökonomische Notwendigkeit bestünde. In Wahrheit kann nämlich regelmäßig der Produzent bzw. gewerbliche Anbieter einen Großteil

⁶⁶ S. dazu auch oben I.3. Selbst wenn man prinzipiell jede interdisziplinäre Bemühung ablehnen wollte, ist sie zumindest in diesem Punkt unumgänglich: Eine Verbesserung des rechtlichen Verbraucherschutzes kann nicht ohne Berücksichtigung der ökonomischen Funktion der Nachfrage erfolgen; s. auch Trimarchi, ZHR 136 (1972) 122, 134 f.

⁶⁷ Vgl. Horn, AcP 176 (1976) 322 f.; s. auch Trimarchi, ZHR 136 (1972) 123, der z. B. anhand einer kurzen ökonomischen Analyse des Beherbergungsvertrags die Richtigkeit des § 701 BGB aus ökonomischer Sicht bestätigt.

⁶⁸ Vgl. dazu die unterschiedlichen Auffassungen von einerseits Larenz, AT, S. 35 f., und andererseits Esser/Schmidt, Schuldrecht, AT, 1. Teilband, S. 1 ff.

⁶⁹ Posner, 1. Aufl., S. 53.

der Risiken, die üblicherweise mit einem Warenaustausch verbunden sind, viel besser und auch kostengünstiger als der Abnehmer kontrollieren und ausschließen. Er ist Fachmann, hat bessere Marktkennntnisse und wesentlich weiterreichende organisatorische, intellektuelle und kapitalmäßige Möglichkeiten als der Käufer, so daß er z. B. kostengünstiger ökonomische Fehlläufe bei der Allokation ausschließen kann; er könnte auch diese Risiken häufig sehr einfach durch Versicherungsverträge abdecken, deren Kosten gleichfalls kalkulatorisch bei ihm wesentlich besser auf alle Geschäftsvorfälle verteilt und somit aufgefangen werden können. Gleichwohl ist die Anbieterseite aufgrund ihrer starken Marktstellung infolge eines Mangels an Wettbewerb bezüglich derartiger vertraglicher Konditionen tendenziell eher dazu geneigt, bestimmte Risiken auf die Abnehmerseite einfach zu überwälzen,⁷⁰ wo sie von einzelnen Verbrauchern getragen werden müssen, die im konkreten Schadensfall gerade deswegen besonders hart getroffen werden. Die Ersparnisse der Angebotsseite sind in diesen Fällen erfahrungsgemäß geringer als die aggregierten Kosten der Nachfrageseite. So ist eine Güte- und Qualitätskontrolle von Produkten durch den Verkäufer regelmäßig von diesem kostengünstiger zu bewerkstelligen als vom Käufer;^{70a} außerdem können beim Käufer häufig auch noch zusätzliche Folgeschäden auftreten. Dennoch versucht die Angebotsseite, diese Risiken durch Freizeichnungsklauseln auf die Nachfrageseite abzuwälzen, weil sie es vorzieht, lieber bestimmte eigene kleine Kosten zu vermeiden, auch wenn infolgedessen fremde größere Kosten entstehen. Nur durch eine rechtliche Beschränkung der Privatautonomie kann die damit implizit gegebene volkswirtschaftliche Verschwendung eingedämmt werden. Das AGB-Gesetz ist, was die Regelung der inhaltlichen Ausgestaltung von Verträgen angeht, ein erster Schritt in die richtige Richtung.⁷¹

8.1.4.2. Die richtige Haftungszuweisung

Ähnliche ökonomische Überlegungen zur marktrationalen Verteilung von Kosten wurden z. B. auch vom BGH, allerdings ohne ausdrücklichen Bezug auf die ökonomische Analyse des Rechts, bei einer Einzelfallentscheidung angestellt, als es darum ging, bestimmte typische Modalitäten einer Haftungszuweisung festzulegen:⁷² Der Käufer eines Neuwagens überließ Erfüllungshalber seinen gebrauchten PKW dem Verkäufer, einem autorisierten PKW-Händler. Dieser übernahm den alten PKW aufgrund eines formularmäßig gestalteten „Vermittlungsauftrags“ und verpflichtete sich, das Fahrzeug zu einem Mindestverkaufspreis im Namen und für die Rechnung des Käufers zu verkaufen. Bei einer Probefahrt beschädigte ein Kaufinteressent den PKW aufgrund leicht fahrlässigen Verhaltens.

⁷⁰ S. oben III.7.1.6 zur Freizeichnung von Gewährleistungsansprüchen.

^{70a} Vgl. in diesem Zsh. auch Lehmann, M., Handelsrechtliche Bedeutung einer vertraglichen Garantiehafung des Herstellers „für den es angeht“, BB 1980, 964 ff.

⁷¹ S. oben II.1; zur Produzentenhaftung s. unten IV.1.3.5.

⁷² BGH 10. 1. 1979, JZ 1979, 346; vgl. umfassend den gleichen Ansatz bei Weyers, Unfall-schäden, S. 481 ff. Der BGH verwendet diese Argumentation jedoch nicht unter dem Gesichtspunkt der Wohlfahrtsökonomik, sondern der Billigkeit.

Die Schadensersatzklage des PKW-Eigentümers gegen den Kaufinteressenten wurde abgewiesen, da der BGH einen stillschweigend vereinbarten Haftungsausschluß für gegeben ansah.⁷³ Diese höchstrichterliche Annahme des Vorliegens einer *stillschweigenden* Haftungsausschlußvereinbarung, die letztlich mehr eine Unterstellung denn Wiedergabe einer Realität bildet, wurde mit folgenden ökonomischen Überlegungen begründet:

„Bei der Probefahrt mit einem Vorführwagen ist es gerechtfertigt, eine stillschweigend vereinbarte Haftungsbeschränkung auf vorsätzliche oder grob fahrlässig Schadensverursachung anzunehmen, weil der Automobilhändler durch den Abschluß einer Fahrzeugvollversicherung das Risiko einer leicht fahrlässigen Beschädigung des Vorführwagens begrenzen kann. Der Kunde darf darauf vertrauen, für leicht fahrlässiges Verhalten nicht zu haften, es sei denn, der Kraftfahrzeughändler habe ihn vor Antritt der Probefahrt darauf aufmerksam gemacht, daß für den Vorführwagen keine Kaskoversicherung besteht . . .

Die Verpflichtung des Kraftfahrzeughändlers, zum Schutze der Kunden eine Vollkaskoversicherung – sei es mit, sei es ohne Selbstbeteiligung – abzuschließen, ist einerseits mit den typischen Gefahren einer Probefahrt und außerdem damit begründet worden, der Abschluß einer Fahrzeugvollversicherung bedeute für den Kraftfahrzeughändler *keine unzumutbare Belastung*. Der erkennende Senat hat ferner berücksichtigt, daß der Kaufinteressent praktisch nicht in der Lage ist, sich gegen die besonderen Risiken einer Probefahrt zu versichern. Eine private Haftpflichtversicherung deckt sie nicht. Die Möglichkeit, sich für das gelegentliche Führen oder Benutzen fremder Fahrzeuge zu versichern, besteht zwar, ist aber weithin unbekannt und lediglich für den – seltenen – Fall von Probefahrten im Zusammenhang mit einem in Aussicht genommenen Fahrzeugwerb nicht zumutbar.“⁷⁴

Hinter dem Begriff der *Zumutbarkeit* steht in diesem Fall nichts anderes als der Gedanke der ökonomisch möglichst günstigen Allokation der Kosten für diese Schadensfälle. Würde man rechtlich die Wirksamkeit eines derartigen Haftungsausschlusses verneinen, müßten einige wenige probefahrende Nachfrager, die leicht fahrlässig einen Unfall verursacht haben, die jeweiligen Schäden selbst voll tragen. Diese Pflicht würde sie häufig nicht nur besonders schwer treffen, sondern auch den Veranstalter dieser Probefahrten ökonomisch in keiner Weise dazu bewegen, diese Fahrten fürderhin so zu organisieren, daß möglichst wenige Unfälle vorkommen. Der Unternehmer ist aber regelmäßig derjenige, der sich von der Durchführung solcher Probefahrten zur Förderung seines Geschäftsbetriebs das meiste verspricht; er tritt daher auch besonders nachdrücklich mit dieser Werbeform zur Vertragsanbahnung an die Nachfrageseite heran. Der Unternehmer ist es auch, der durch Bedienungsanleitungen, Routenwahl und sonstige Bemühungen um eine erhöhte Sorgfalt am besten die typischen Risiken der Probefahrt eines Neulings mit einem ihm noch nicht vertrauten PKW ausschließen kann. In seinem zumindest langfristig wohlverstandenen geschäftlichen Interesse muß es auch liegen, potentielle Kunden vor Schäden bei Probefahrten zu bewahren. Eventuelle Versicherungskosten kann

⁷³ Vgl. dazu auch schon BGH 7. 6. 1972, NJW 1972, 1363. In dieser Entscheidung werden die ökonomischen Überlegungen vom BGH jedoch nicht so deutlich wie in dem am 10. 1. 1979, JZ 1979, 346, ergangenen Urteil hervorgehoben.

⁷⁴ BGH 10. 1. 1979, JZ 1979, 346 (Hervorhebung durch den Verfasser); vgl. den ähnlichen Ansatz bei Trimarchi, ZHR 136 (1972) 122, 123, 134 f.

er unschwer auf die Verkaufspreise überwälzen; sie werden neben sonstigen Gemeinkosten ein Preisbildungsfaktor, wie viele andere auch. Der Unternehmer kann zudem aufgrund einer Anspruchs Bündelung wesentlich besser als einzelne Abnehmer für nur eine Probefahrt die Versicherungsbedingungen mit einem Versicherungsunternehmen aushandeln, etwa indem er diesen Versicherungsaufwand besonders kostengünstig in einen sonstigen allgemeinen Geschäftsversicherungsvertrag zu integrieren versucht. Nicht zuletzt ist es auch aus steuerrechtlichen Gründen ökonomisch sinnvoller, diese Versicherungspflichten dem Unternehmer aufzuerlegen; sie stellen einkommensteuerrechtlich voll abzugsfähige Betriebsausgaben dar. Dem Abnehmer sind demgegenüber derartige steuerpolitische Spielräume schon vom Prinzip her nicht eröffnet. Billigerweise kann außerdem allen Kunden, die bei diesem Unternehmen einen PKW kaufen, eine Art „Solidarhaftung“ für eine derartige Versicherung auferlegt werden; sie zahlen einen Preisbestandteil für diese Versicherungskosten, wenn sie einen PKW kaufen. Die Versicherung dient aber auch im wesentlichen zu ihrem eigenen Schutz und muß daher, ökonomisch betrachtet, eigentlich nur organisatorisch von dem Unternehmer besorgt werden.

Diese Überlegungen zeigen, daß der BGH nicht nur ein billiges, sondern auch ein ökonomisch richtiges Urteil getroffen hat. Die davon betroffenen Kreise der Angebotsseite werden z. B. über ihre berufsständischen Organisationen von dieser Veränderung ihres ökonomischen Datenkranzes „Haftung für Probefahrten“ unterrichtet werden und können dementsprechend ihr künftiges Verhalten darauf einstellen. Sie werden sich als „cheapest cost avoider“ verhalten und somit dieses Problem der Haftung für leicht fahrlässig verursachte Schäden bei Probefahrten am kostengünstigsten zu lösen versuchen.

Wie dieser Beispielsfall zeigt, vermag die ökonomische Analyse des Rechts den ökonomischen Hintergrund derartiger Entscheidungen rational faßbar und für den Juristen transparenter zu machen.

8.1.4.3. Bürgerliches Recht und Kartellrecht

Ein drittes Beispiel mag die Ausrichtung der ökonomischen Analyse des Rechts verdeutlichen, mit privatrechtlichen Mitteln des Vertragsrechts Hilfestellung zur Sicherung der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs zu geben.

Aus der kartellrechtlichen Diskussion über die Gegenstandstheorie sind die Probleme von Preismelde- und sonstigen Marktinformationsverfahren (MIV) bekannt. Mit der zu diesem Problemkreis grundlegenden Entscheidungen „Aluminiumhalbzug“ hat der BGH⁷⁵ die Auffassung des Bundeskartellamts und des KG Berlin bestätigt, daß ein Vertrag über ein Marktinformationsverfahren auch dann gegen § 1 GWB verstößt, wenn die Beteiligten sich nur auf die Meldung und Auskunftserteilung bezüglich bereits abgeschlossener Geschäfte beschränken. Schon beim Eintreten des nächsten Bedarfsfalls kann nämlich aufgrund dieses Informationssystems ein

⁷⁵ BGH 29. 1. 1975, GRUR 1976, 37; kritisch dazu Sölter, A., Unternehmenspolitische und kartellrechtliche Möglichkeiten und Grenzen der kooperativen Marktinformation, in Schwerpunkte des Kartellrechts, 1974/75, FiW-Heft 73, S. 9 ff.

anderer Anbieter mit seiner Preisstellung nachziehen, so daß praktisch genauso wie bei einer Meldung von gegenwärtig geforderten Preisen die Neigung der Anbieter zu individuellen Preisvorstößen gedämpft wird. Dies ist aus wettbewerbspolitischen Gründen zu mißbilligen.⁷⁶ Als kartellrechtlich gemäß §§ 1, 38 Abs. 1 Nr. 11, 25 Abs. 1 GWB unzulässig ist daher jedes Marktinformativverfahren zu betrachten, das Beteiligte verpflichtet oder sonst dazu anhält, Einzelheiten von Angeboten oder Geschäftsabschlüssen offenzulegen, die zur Identifizierung von Lieferanten, Abnehmern oder aktuellen Marktdaten für Einzelgeschäfte, insbesondere Preisen und Konditionen, führen können.⁷⁷ Diese sogenannten identifizierenden Marktinformativverfahren stellen eine Gefährdung des Wettbewerbs dar. Zulässig sind branchenspezifische Marktstatistiken, auch Meldungen über Preise, wenn lediglich Höchst- und Mindestpreise oder Durchschnittspreise genannt werden und ein Rückschluß auf Einzelgeschäfte ausgeschlossen ist. Andererseits wird aber vom Bundeskartellamt bereits die Mitteilung von Schwerpunktpreisen oder von Durchschnittspreisen, welchen nur eine geringe Anzahl von Geschäftsvorfällen einiger weniger Unternehmen zugrunde gelegt wird, als ein Aufgreifkriterium für ein möglicherweise zu untersagendes Marktinformationssystem betrachtet.⁷⁸ Die Grenzen sind somit fließend, und nur anhand einer Gesamtbetrachtung der Umstände jedes Einzelfalls kann eine endgültige kartellrechtliche Entscheidung getroffen werden.

Dieses kartellrechtliche Anliegen der Eindämmung von Marktinformativsystemen, die die Gefahr der Dämpfung des Preiswettbewerbs in sich bergen, muß auch privatrechtlich nachvollzogen und unterstützt werden. Als bürgerlich-rechtliche Gefahrenpunkte könnten sich hier die §§ 612, 653 BGB, § 87 Abs. 1 HGB und § 15 VOB ergeben.

Um das privatrechtlich unerwünschte Ergebnis eines Dissenses gemäß §§ 154 f. BGB zu vermeiden, erklärt das Bürgerliche Recht prinzipiell auch solche Verträge für wirksam, bei deren Abschluß die Parteien sich nicht über die Höhe des Entgelts, also z. B. über den Preis für eine bestimmte Handwerkerleistung, geeinigt haben, sofern darüber keine Einigung getroffen werden sollte. Obwohl die inhaltliche Bestimmtheit von Leistung und Gegenleistung zu den Essentialia eines synallagmatischen Vertrags gehört, läßt das Gesetz, wie etwa auch § 315 zeigt, in gewissen Fällen eine nachträgliche Bestimmbarkeit einer der beiden Leistungen, z. B. der Gegenleistung in Geld, genügen. In diesen Fällen gilt aufgrund der genannten Vorschriften die „übliche Vergütung“ als vereinbart. Zur Festlegung der üblichen Höhe einer Vergütung muß der Richter auf die Erfahrungen und Informationen der beteiligten Wirtschaftskreise rekurren und zu ermitteln versuchen, welcher Preis von diesen z. B. als branchenüblich betrachtet wird. Nach der Rechtsprechung des BGH verweist der Begriff der Üblichkeit auf die allgemeine Verkehrsauffassung der beteiligten Wirtschaftskreise.⁷⁹ Dies könnte gleichsam als eine Pflicht zur Beschaffung von

⁷⁶ Aus europäischer Sicht vgl. Mestmäcker, Europäisches Wettbewerbsrecht, S. 290 ff.

⁷⁷ Vgl. Grundsätze des Bundeskartellamts zur kartellrechtlichen Behandlung von Marktinformativverfahren, Schreiben vom 2. 7. 1976, abgedruckt bei v. Gamm, Kartellrecht, S. 423.

⁷⁸ Vgl. a. a. O.

bestimmten konkreten Marktinformationen durch die Anbieterseite mißverstanden werden, der auch prozeßrechtlich die Beweislast für die geforderte Höhe einer bestimmten Vergütung auferlegt ist. Auskünfte über die Üblichkeit der Vergütungshöhe können erfahrungsgemäß die berufsständischen Organisationen und etwa auch die jeweils örtlich zuständigen Industrie- und Handelskammern geben.⁸⁰ Eine Rechtsprechung zu den §§ 612, 632, 653, die ohne Berücksichtigung der kartellrechtlichen Bestimmungen des GWB den Begriff der üblichen Vergütung weiterentwickeln würde, könnte daher Gefahr laufen, aus rein bürgerlich-rechtlichen Überlegungen eine Art Marktinformationsverfahren der berufsständischen Organisationen zu postulieren, um möglichst einfach zur Bestimmbarkeit von gewissen Leistungsverpflichtungen zu kommen.

Die ökonomische Analyse des Rechts kann hier nicht nur das Augenmerk auf die bestehenden Querverbindungen zwischen Bürgerlichem Recht und Kartellrecht lenken, sondern auch einige Richtlinien anhand einer ökonomischen Folgenanalyse für die rechtsfortbildende Auslegung der §§ 612, 632, 653 geben. Der Richter wird bei seiner Auslegung dieser privatrechtlichen Bestimmungen darauf achten müssen, daß er, gleich welche Methoden er auch immer zur Informationsgewinnung selbst anwenden oder den Parteien auferlegen will, nicht direkt oder indirekt darauf hinwirkt, den Preiswettbewerb durch das Verlangen der Einrichtung von identifizierenden Marktinformationssystemen zu dämpfen. Die Auferlegung eines Nachweises einer bestimmten Vergütungshöhe, etwa durch drei Vergleichspreise am gleichen Ort,⁸¹ sollte daher unterbleiben, wenn es um die Feststellung einer bestimmten örtlich „üblichen Vergütung“, etwa einer bestimmten Handwerkerstunde, geht; dies könnte die beteiligten Verkehrskreise der Anbieterseite dazu verleiten, wettbewerbsbeschränkende Absprachen oder den Preiswettbewerb dämpfende Maßnahmen zu treffen. Schon der reine Informationsaustausch über bestimmte gegenwärtig gültige Bedingungen ist, wie wir gesehen haben, kartellrechtlich verboten.

Ökonomisch betrachtet wäre es im Zweifelsfall wahrscheinlich besser, tendenziell

⁷⁹ BGH 29. 9. 1969, BB 1969, 1413.

⁸⁰ Vgl. Ring deutscher Makler (Hrsg.), Zusammenstellung der in Bayern üblichen Gebühren für Makler, Verwalter und Baubetreuer, 2. Aufl., S. 3 ff.; Institut für Handwerkswirtschaft München (Hrsg.), Betriebsvergleich im Zimmerhandwerk. Eine betriebswirtschaftliche Untersuchung zur Aufzeigung von Rationalisierungsansatzpunkten, S. 55 ff., 85 ff.; Landesinnungsverband für das bayerische Elektro-Handwerk (Hrsg.), Kalkulatorische Hinweise für die Tarifiergebnisse 1979; Zentralverband des deutschen Baugewerbes, Merkblatt vom 10. 6. 1972, Abrechnung von Stundenlohnarbeiten; Institut für Betriebsberatung des deutschen Maler-Lackierer-Handwerks (Hrsg.), Kenn- und Richtzahlen des deutschen Maler- und Lackierhandwerks, S. 9 ff. (Kalkulationsgrundlagen); vgl. in diesem Zusammenhang auch die Zeitschrift Betriebsinformation für Handelsvertreter und Handelsmakler, hrsg. vom Forschungsverband für den Handelsvertreter- und Handelsmaklerberuf, Köln.

⁸¹ Vgl. diese Methode z. B. in § 2 Abs. 2 Satz 3 des Gesetzes zur Regelung der Miethöhe (MHRG); zur Darlegung einer ortsüblichen Vergleichsmiete genügt in der Regel die Benennung von drei Wohnungen anderer Vermieter. Auch diese Regelung führt im Zweifel zu einer Verbesserung der Bedingungen der Vermieter, ihre Konditionen miteinander abzustimmen; es fehlt allerdings eine Wettbewerbsbehandlung.

im Rahmen einer bestimmten Einzelfallentscheidung eher einen Dissens und damit die Ungültigkeit eines Vertragsabschlusses anzunehmen, als die Anbieterseite in irgendeiner Weise im Rahmen der Durchführung der Feststellung der Üblichkeit eines Preises zum Aufbau eines gutfunktionierenden Marktinformationssystems anzureizen. Die damit verbundene Absicherung des bürgerlich-rechtlichen Grundsatzes der Privatautonomie müßte mit einer hohen Kartellrente erkaufte werden. Ökonomisch effizienter ist es prinzipiell, die Anbieterseite zu einer möglichst frühzeitigen Bestimmung ihrer Gegenleistungsvorstellungen, etwa durch Kostenvoranschläge oder Richtpreise, zu bewegen zu versuchen, als durch die allzu weitgehende Absicherung der Freiheit zu einer nachträglichen Gegenleistungsbestimmung die Möglichkeit oder Bereitschaften zu einer Kartellbildung auf der Anbieterseite zu fördern. Die damit verbundenen Erschwerungen der Vertragsanbahnung und des Abschlusses verursachen, volkswirtschaftlich betrachtet, geringere Kosten als eine durch ein Marktinformationssystem bewirkte Wettbewerbsbeschränkung.

Diese Beispiele zeigen, daß die ökonomische Analyse des Rechts Ansätze dazu bieten kann, das mit wirtschaftlichen Vorgängen befaßte Vertrags- und Schuldrecht aus seiner angeblich „streng juristischen“, wirtschaftspolitisch neutralen, „atomisierten“ Betrachtungsweise⁸² herauszuführen und enger an die Marktwirklichkeit anzupassen. Indem es unter dem Einfluß der ökonomischen Analyse des Rechts versucht, neben anderen Aufgaben auch seiner impliziten, wirtschaftssystemstabilisierenden Funktion nachzukommen, kann es an der Gestaltung einer möglichst marktrationalen Privatrechtsordnung entscheidend mitwirken. Damit werden zugleich Zentrum und immanente Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts angesprochen. Weder lassen sich alle juristischen Wertungen in ökonomische Kategorien umsetzen, noch sind alle ökonomischen Erkenntnisse juristisch nachvollziehbar; gemeinsame Anknüpfungspunkte sind jedoch Recht und Markt, die als komplementäre Teilsysteme eines übergeordneten gesamtwirtschaftlichen Handlungssystems ausgestaltet und geordnet werden müssen.⁸³ Die ökonomische Analyse des Rechts kann wesentlich zu einer marktrationalen Gestaltung des Rechts beitragen, falls dieses einer derartigen Rechtsfortbildung überhaupt bedarf. Im Rahmen des Vertragsrechts dient dazu insbesondere die Zielfunktion der Minimierung und ökonomisch richtigen Zuweisung von Transaktionskosten an den Kostenträger, der die mit jedem Transaktionsvorgang verbundenen Transaktionskosten am kostengünstigsten möglichst gering zu halten vermag.

Eine weitere wesentliche Voraussetzung für ein optimales Funktionieren von marktwirtschaftlich gesteuerten Transaktionsvorgängen ist die rechtliche Gewährleistung der Entscheidungsfreiheit der Nachfrager.⁸⁴ Die richtige rechtliche Verteilung und Zuweisung von Pflichten einerseits zu einer Gewährung von und anderer-

⁸² Esser/Schmidt, Schuldrecht, AT, 1. Teilband, S. 3.

⁸³ Horn, AcP 176 (1976) 332.

⁸⁴ Posner, a. a. O., Fußn. 8, S. 220 ff.

seits auch zu einer Haftung für gegebene Informationen kann die Reibungslosigkeit und Effizienz eines marktwirtschaftlich organisierten Gütertauschsystems entscheidend verbessern.

Im folgenden soll mit Hilfe der ökonomischen Analyse des Rechts der Versuch unternommen werden, ein sowohl ökonomisch als auch juristisch zufriedenstellendes Modell einer Haftung für Werbeangaben⁸⁵ zu erarbeiten: ein Modell, das als Zielpunkt für eine Fortbildung des geltenden Rechts der Vertragsanbahnung und insbesondere des Kaufrechts unter Berücksichtigung der rechtlichen Implikationen des Wandels des wirtschaftlichen Umfelds und der sozialen Gestaltungsaufgabe des Privatrechts dienen kann.

8.2. Ökonomische Analyse des Kaufrechts unter besonderer Berücksichtigung der Haftung für Werbeangaben

8.2.1. Schadensersatz als Sanktion für irreführende Informationen

Geht man einerseits von der vorab unter III. 1–7 dargestellten bürgerlich-rechtlichen Behandlung und andererseits von der unter I.1.ff. erörterten ökonomischen Relevanz von Werbeangaben aus, ergibt sich als Ansatzpunkt für eine ökonomische Analyse des Kaufrechts folgendes Bild der Aufgaben und Risikoverteilung für die Angebots- und Nachfrageseite: Wirtschaftssituationsbedingt muß der Anbieter heute zur Absatzdurchführung und Vertragsanbahnung aktiv werden und Werbung treiben sowie sonstige Marketinganstrengungen unternehmen. Die Nachfrageseite bleibt demgegenüber mehr oder weniger attentativ. Im Zug der Bemühungen der Angebotsseite um eine Vertragsanbahnung wird diese nicht nur rein akquisitorisch anreizend, sondern auch informatorisch tätig;⁸⁶ sie versucht, durch informierende und persuasive Werbeangaben die Nachfrage für den Abschluß eines Kaufvertrags zu interessieren und zu motivieren. Irreführende Informationen führen dabei zu Fehlläufen in der Güterverteilung; die Nachfrage findet nicht aufgrund von Fehlvorstellungen, etwa über bestimmte Eigenschaften eines Kaufgegenstands, das für sie passende Angebot. Ein dadurch bedingter Fehllauf bei der Güterverteilung bewirkt die Entstehung von unnötigen Transaktionskosten, die mit der Durchführung und Rückabwicklung eines ex post unerwünschten Austauschvorgangs verbunden sind; jede irreführende Information, die in die Sphäre der Nachfrageseite gelangt, bedingt die Gefahr der Entstehung eines nutzlosen ökonomischen Aufwands. Irreführende Werbeangaben müssen daher soweit wie nur irgendwie möglich eliminiert werden. Aufgrund des vorhandenen Wettbewerbsdrucks sind dazu jedoch autono-

⁸⁵ S. oben III.2.

⁸⁶ Werbung wird immer eine Mischung von Information und Persuasion bzw. Suggestion sein; s. statt vieler Schmalen, Werbung im Meinungsstreit, WiSt 1975, 496ff. Wichtig ist jedoch, daß diese Mischung nicht zu sehr zu Lasten der Information geht. Vgl. dazu Lehmann, Schutz des Leistungswettbewerbs und Verkauf unter Einstandspreis, GRUR 1979, 368ff.; s. auch ders., Die „neue Sachlichkeit“ des BGH im Wettbewerbsrecht, GRUR 1975, 239ff.

me Marktkräfte nicht in der Lage; immer wieder versuchen Wettbewerber durch die Verbreitung von Falschinformationen einen Vorsprung im Wettbewerbskampf zu erlangen.⁸⁷

Die bürgerlich-rechtliche Beurteilung dieser Information durch Werbung zu Zwecken der Vertragsanbahnung sollte daher die Aufgabe verfolgen, eine möglichst marktkonforme und kostengünstige Bedürfnisbefriedigung des Verbrauchers wahrscheinlich zu machen; vermeidbare Transaktionskosten müssen ausgeschieden und unvermeidbare dem richtigen Kostenträger zugewiesen werden, so daß ein ökonomischer Anreiz zu deren Minimierung entsteht.⁸⁸ Dazu bedarf es in erster Linie der Schaffung einer Haftung für die Verbreitung von irreführenden Informationen, die den Kaufentscheidungsprozeß eines Verbrauchers beeinflussen.⁸⁹ Diese Haftung muß demjenigen als „cheapest cost avoider“ zur Last gelegt werden, der am kostengünstigsten die Bereitstellung von wahren und die Vermeidung von irreführenden kaufentscheidenden Informationen bewerkstelligen kann. Weiterhin muß eine Pflicht zur Aufklärung über kaufentscheidende Faktoren, die einen Güteraustausch im Endeffekt vereiteln können, demjenigen auferlegt werden, der diese Aufklärung möglichst kostengünstig durchführen kann.⁹⁰ Auch die Verletzung derartiger Aufklärungspflichten muß mit einem Schadensersatzanspruch bewehrt sein.

Ein bürgerlich-rechtlicher Schadensersatzanspruch kann die gewünschte präventive Wirkung haben, die dazu führen kann, daß Falschinformationen möglichst frühzeitig entdeckt und ausgeschieden werden.⁹¹ Die ökonomische Einbuße, die mit der Verpflichtung zur Erbringung von Schadensersatzleistungen verbunden ist, hält den Schadensersatzpflichtigen dazu an, künftig sorgfältiger zu handeln und die Richtigkeit seiner vertragsanbahnenden Informationen genauer zu überprüfen. Die Verpflichtung zum Schadensersatz wirkt wie ein Damoklesschwert, das denjenigen, der kaufentscheidende Werbeangaben verbreitet und der für ihre Richtigkeit haften muß, aufgrund wirtschaftlicher Überlegungen dazu motivieren kann, keine irreführenden Werbeangaben in den Verkehr zu bringen.⁹²

⁸⁷ S. oben I.2. ff., I.3. ff.

⁸⁸ S. oben, Fußn. 17 ff.

⁸⁹ S. oben, Fußn. 63 ff.

⁹⁰ Vgl. in diesem Zusammenhang auch Fikentscher, S. 385.

⁹¹ Dies ist auch im Hinblick auf das Fehlen eines wettbewerbsrechtlichen Schadensersatzanspruchs des Verbrauchers von Bedeutung; s. oben I.4. Vgl. dazu auch die Überlegungen zur anstehenden UWG-Novelle, BR-Drucks. 226/78 vom 26. 5. 1978.

⁹² S. auch Trimarchi, ZHR 136 (1972) 131: „Auch im Rahmen eines Systems der Verschuldenshaftung wird der Unternehmer sich veranlaßt sehen, die Kosten von Vorsorgemaßnahmen mit dem Risiko und dem Umfang seiner möglichen vertraglichen Haftung in Vergleich zu setzen. Der Marktmechanismus wirkt sich also auch hier aus. Seine Auswirkungen sind jedoch dadurch beschränkt, daß in einem solchen System der Unternehmer immer die Hoffnung hegen kann, gewisse Sorgfaltsmaßnahmen, mögen sie auch wirtschaftlich vertretbar sein, würden vom Richter schließlich doch als über seine Sorgfaltspflicht hinausgehend angesehen werden. Dies mag der Fall sein, weil es sich um nicht eingeführte Sorgfaltsmaßnahmen handelt, oder einfach deshalb, weil der Ausgang eines Rechtsstreits immer ungewiß ist. Daraus folgt

8.2.2. Ansatzpunkt und Zuweisung der Haftung

Geht man von den zu Beginn dieser Untersuchung näher erläuterten modellhaften ökonomischen Vorstellungen der Durchführung eines Kaufentscheidungsprozesses eines Nachfragers im Rahmen eines kybernetisch gesteuerten Regelungskreislaufs aus⁹³ und unterscheidet die vier Phasen der Anregung, Information, Entscheidung und Kontrolle, zeigt sich, daß ein Güterverteilungssystem ökonomisch um so effizienter arbeiten kann, je früher etwaige Störungen von den Entscheidungsträgern als solche erkannt und berücksichtigt werden können. Anders formuliert, die höchsten Transaktionskosten entstehen typischerweise dann, wenn ein Fehlschlagen des gewünschten wirtschaftlichen Austausches vom Nachfrager oder Anbieter erst in der letzten Phase eines Kaufentscheidungsprozesses, etwa im Rahmen der Kontrolle anlässlich des Ge- oder Verbrauchs einer bestimmten Ware, festgestellt werden kann. Für beide Teile, sowohl für den Anbieter wie auch für den Nachfrager, bringt dies die höchsten Kosten mit sich; sie stellen einen völlig verlorenen ökonomischen Aufwand dar. Z.B. bei dem Kauf einer Ware, die im Versandhandel per Katalog vom Nachfrager ausgesucht und diesem per Nachnahme vom Anbieter zugesandt wird, die aber nicht den Vorstellungen des Käufers entspricht, sind die damit verbundenen Transaktionskosten wesentlich höher als in dem Fall, in dem ein Kaufinteressent bereits in der ersten Phase seines Entscheidungsprozesses erkennen kann, daß das ihm vorgelegte Angebot seinen Wünschen nicht entspricht. Entsprechendes gilt auch für den Anbieter; je früher dieser erkennen kann, daß er einen spezifischen Bedarf, der vom Nachfrager artikuliert wird, nicht befriedigen kann, desto früher kann er die Entstehung unnützer Kosten der weiteren Verhandlung oder Vertragsanbahnung vermeiden.

Die Möglichkeit der Entdeckung, daß Angebot und Nachfrage nicht kongruent sind, eröffnet zu einem relativ frühen Zeitpunkt der Entwicklung eines Kaufent-

aber, daß der wirtschaftliche Druck auf den Unternehmer, Vorsorgemaßnahmen zu ergreifen, geringer ist, als dies im gesamtwirtschaftlichen Interesse notwendig wäre.“

Zur Bedeutung des Schutzes der *Konsumentensouveränität* für das Funktionieren einer Marktwirtschaft vgl. statt vieler theoretisch Stobbe, S. 180ff., 292ff., 337f.; Haeflinger, J.-C., Die Konsumfreiheit, Analyse ihrer Problematik – Ausblick auf eine Lösung, S. 123ff.; Tietz, Stichwort Markttransparenz, S. 1420ff.; Jeschke, D., Konsumentensouveränität in der Marktwirtschaft – Idee, Kritik, Realität, S. 39f.; sowie am praktischen Beispiel Beier, U., Zum Einfluß beschränkter Markttransparenz auf die Kaufentscheidung der Privathaushalte. Dargestellt am Beispiel von Waren der Komfortausstattung, Universität Hamburg, Bericht Nr. 0611/10 aus 1977; ders., Entscheidungsbedingte Kaufkraftverluste: Formen, Umfang und verbraucherpolitische Relevanz, Manuskripte vom 21. 9. 1977; ders., Vergleichende Waren-tests. Aufgaben, Ergebnisse und Möglichkeiten, in Forum Ware – Wissenschaft und Praxis 5 (1977) Nr. 3–4, S. 137ff.; Scherhorn, G., Information und Kauf. Empirische Analyse der Markttransparenz, passim.

Zum Fehlen einer ausreichenden wettbewerbsrechtlichen Sanktion, vor allem wegen der Nichtexistenz eines Schadensersatz- oder sonstigen Vertragsauflösungsanspruchs des einzelnen Verbrauchers s. oben I.4. ff.

⁹³ S. oben I.1.

scheidungsprozesses einen dementsprechend rechtzeitigen und daher auch für beide Parteien noch relativ kostengünstigen Abbruch eines Transaktionsvorgangs. Je kürzer die Zeit der Beanspruchung der ökonomischen Interessen von Anbieter und Nachfrager durch einen letztlich zum Scheitern verurteilten Austauschvorgang ist, desto geringer sind auch erfahrungsgemäß die dadurch im Einzelfall entstandenen Transaktions- und somit auch die darin enthaltenen Opportunitätskosten.⁹⁴ Es muß daher auf die lange Sicht im wohlverstandenen eigenen Interesse aller Parteien einer wirtschaftlichen Transaktion liegen, möglichst frühzeitig Störfaktoren eines Austauschvorgangs entweder erkennen und eliminieren oder den gesamten Vorgang abbrechen zu können. Eine Schadensersatzhaftung muß daher auch schon in dem Bereich der Vertragsanbahnung und nicht erst in späteren Phasen eines Austauschvorgangs eingreifen.⁹⁵

Gemäß den Überlegungen der ökonomischen Analyse des Rechts⁹⁶ ist weiterhin hervorzuheben, daß nicht nur eine möglichst frühzeitige Erfassung von Störfaktoren die Entstehung von Transaktionskosten reduzieren kann, sondern daß auch die Kostenzuweisung an einen bestimmten Kostenträger die Tendenz zur Kostenminimierung mit sich bringt. Gemäß diesen Grundsätzen müssen daher die Transaktionskosten demjenigen zugewiesen werden, der am besten und am billigsten diejenigen Informationen bereitstellen kann, die ein eventuelles Scheitern eines Austauschvorgangs möglichst früh erkennen lassen können. Weiterhin muß alles vermieden werden, was ökonomisch einen Anreiz dazu geben könnte, einen möglichen Fehllauf von Güteraustauschvorgängen erst einmal in Kauf zu nehmen, weil das damit verbundene Kostenrisiko für einen bestimmten Entscheidungsträger gleich Null bzw. nur relativ gering ist. Ein Rechtssystem, das etwa die Möglichkeit zur Rückabwicklung von fehlgegangenen Austauschvorgängen erst dann gewährt, wenn „das Kind bereits in den Brunnen gefallen ist“, führt zu einer kostenungleicheren, suboptimalen Allokation von Ressourcen als ein Rechtssystem, das mit Hilfe von eingebauten Regelungsmechanismen möglichst weitgehend ökonomische Anreize gibt, den Eintritt von Schäden von vornherein auszuschließen oder abzuwenden.⁹⁷

Fehlt es an einem derart ökonomisch rational durchdachten System der Haftung für Fehlläufe in einem Güterverteilungssystem, ist privatrechtlich noch nicht alles Notwendige dafür getan, damit ein möglichst optimal organisierter, durch Marktmechanismen autonom gesteuerter Güterverteilungsprozeß sich vollziehen kann. Aus ökonomischer Sicht muß somit mangels autonom wirkender ökonomischer Ordnungsmechanismen⁹⁸ privatrechtlich alles Erdenkliche getan werden, damit schon im Bereich der Vertragsanbahnung möglichst weitgehend transaktionskosten-

⁹⁴ Zu diesem Begriff s. oben I., Fußn. 114.

⁹⁵ S. dazu auch oben III.8., Fußn. 63 ff.

⁹⁶ S. Posner, a. a. O., Fußn. 8, S. 220 ff. (222); Trimarchi, ZHR 136 (1972) 136.

⁹⁷ Posner, a. a. O., Fußn. 8, S. 221, 222.

⁹⁸ Trimarchi, ZHR 136 (1972) 138: „Es kann daher an der Schlußfolgerung festgehalten werden, daß der Markt keine sicheren Korrektive bietet, um möglichen Schwächen der derzeitigen gesetzlichen Regelung der Vertragshaftung zu begegnen.“ S. auch oben I.2. ff.

steigernde Fehlläufe von Güteraustauschprozessen vermieden werden. Aufgrund dieser ökonomischen Überlegungen muß das Vertragsrecht so ausgestaltet werden, daß es einen ökonomischen Anreiz zur Kostendämpfung an alle Beteiligten und insbesondere an diejenigen Transaktionspartner abgibt, die am kostengünstigsten die Entstehung von Transaktionskosten vermeiden bzw. zumindest minimieren können.

8.2.3. Die Angebotsseite als „Cheapest Cost Avoider“

Vor dem Hintergrund dieser ökonomischen Zielvorgaben einer optimalen rechtlichen Organisation von marktwirtschaftlichen Güteraustauschvorgängen können nunmehr die vorab dargestellten bürgerlich-rechtlichen Regelungen der Vertragsanbahnung und insbesondere das Sanktionsmodell der Haftung für Sachmängelhaftung im Rahmen einer ökonomischen Analyse des Rechts noch näher untersucht werden. Dabei ist die gegenwärtige wirtschaftliche Situation der Vertragsanbahnung, wie sie sich in der Realität des Wirtschaftslebens präsentiert, zu berücksichtigen. Es ist daher grundsätzlich von einem Käufermarkt mit starken absatzpolitischen Initiativen der Angebotsseite auszugehen.⁹⁹

Als erstes gilt es, die Frage zu beantworten, wer von den Transaktionspartnern am kostengünstigsten im Zug der Vertragsanbahnung diejenigen Informationen bereitstellen kann, die möglichst früh die Eventualität des Scheiterns eines intendierten Austauschvorgangs erkennen lassen können. Typischerweise wird dies derjenige sein, der besonders aktiv mit eigenen Bemühungen zur Vertragsanbahnung an den Markt herantritt. Artikuliert z. B. der Nachfrager einen bestimmten Bedarf, so liegt es an ihm, möglichst präzise seine Wünsche der Angebotsseite mitzuteilen, damit diese entsprechend reagieren kann. Je undeutlicher z. B. ein Besteller seine Wünsche zum Ausdruck bringt, desto mehr verursacht er der Angebotsseite Kosten zur Aufklärung und Ermittlung des konkreten Bedarfs. Der Nachfrageseite ist daher die Pflicht zuzuweisen, sich möglichst präzise Vorstellungen über den eigenen Bedarf zu bilden und diese unzweideutig und möglichst frühzeitig der Angebotsseite im Rahmen der Vertragsanbahnung mitzuteilen. Diese Forderung muß freilich ihre Grenzen im geringen Bildungsstand, in der mangelnden Rationalität und im Zeitmangel des Durchschnittsverbrauchers finden.

Ausgehend davon, daß wir uns gegenwärtig in einem revidierten Wirtschaftsablauf befinden¹⁰⁰ und überwiegend nicht mehr der Nachfrager zum Anbieter kommt, sondern umgekehrt der Anbieter an den Nachfrager akquisitorisch herantritt, müssen freilich die vorstehenden Grundsätze auch für die Angebotsseite Geltung erlangen, wenn diese im Rahmen des Marketing informative Werbeangaben dem Verbraucher übermittelt. Gerade weil heutzutage der Werbung eine bedarfsweckende und bedarfsformende Funktion zugewiesen wird,¹⁰¹ hat es die Anbieterseite auch in

⁹⁹ S. oben I.2. ff.

¹⁰⁰ S. oben I.2. ff.

¹⁰¹ S. statt vieler Leitherer, E., Betriebliche Marktlehre, 1. Teil, S. 23; Leitherer schlägt die

der Hand, in einem besonders hohen Maß gestaltend auf die Durchführung von Transaktionsprozessen einzuwirken. Je aktiver sie auf dem Markt auftritt, desto weitgehender kann sie steuernd auf die Zusammenführung von Angebot und Nachfrage hinwirken. Insbesondere durch den Grad der Präzision der Informationen, die sie im Rahmen des Marketing der Marktgegenseite übermittelt, kann sie den Verlauf von Transaktionsvorgängen beeinflussen. Je umfassender und exakter diese Informationen sind, desto weniger Fehlläufe sind zu erwarten und desto kostengünstiger können sich Austauschvorgänge vom ersten Moment an vorbereiten und durchführen lassen. Eine irreführende Angabe z. B. über die Beschaffenheit eines Kaufgegenstandes erhöht die Transaktionskosten aller Beteiligten; denn sowohl die Angebots- wie auch die Nachfrageseite muß gegebenenfalls bestimmte Kosten der Aufklärung, rechtlichen Auseinandersetzung und wirtschaftlichen Rückabwicklung tragen, denen keinerlei sozialer Nutzen entspricht außer dem „Vorteil“, daß ein intendierter, aber von einem der Beteiligten letztlich dann doch als nachteilig empfundener Gütertausch ökonomisch annulliert und rückabgewickelt wird. Jeder derartige Fehllauf in der Allokation der Ressourcen ist volkswirtschaftlich schädlich, es entstehen Kosten, denen kein Nutzen entspricht. Es kann wesentlich kostengünstiger sein, ein Mehr an Informationskosten hinzunehmen, um das abzusetzende Angebot sofort im ersten Anlauf der ihm entsprechenden Nachfrage zuzuführen.

Die Angebotsseite kann regelmäßig auch die zur bedarfskongruenten Befriedigung der Nachfrage führenden Informationen am kostengünstigsten beschaffen und übermitteln. Infolge von Marktforschung kennt sie im Zweifel besser als jeder andere die Marktsituation. Des weiteren kann sie auch ihr eigenes Leistungsangebot, z. B. ein bestimmtes neues Produkt, präziser und pointierter als jeder andere den Verbrauchern durch Werbung beschreiben und darstellen. Es entspricht ihren eigenen unternehmerischen Absatzzielen, diese Aufgabe der Information zur Anbahnung eines ökonomischen Austauschprozesses wahrzunehmen. Die damit verbundenen Kosten kann sie, soweit der Wettbewerb es erlaubt, auf die Preise überwälzen und damit letztlich denjenigen zuweisen, denen die informativen Bemühungen um eine möglichst kostengünstige Transaktion zugute kommen, den Endabnehmern.¹⁰²

Unterscheidung Bedarfskreation, Bedarfsexpansion und Bedarfspartizipation als Erscheinungsarten der Bedarfsformung durch Werbung vor.

¹⁰² Vgl. in diesem Zusammenhang auch Trimarchi, ZHR 136 (1972) 122: „Es sei jedoch darauf hingewiesen, daß in anderen Fallgestaltungen eine Schadensverteilung mit dem Ziele, die Schadensabsorption zu erleichtern, durch Bejahung und nicht durch Verneinung der Haftung des Schuldners verwirklicht wird. Man denke etwa nicht mehr an ein Vertragsverhältnis zwischen Unternehmen, sondern an die Beziehung zwischen Unternehmen und Endverbraucher. Ist etwa die verkaufte Ware mangelhaft und führt sie deshalb zu Schäden in der Person oder an den Sachen des kaufenden Verbrauchers, so bedeutet die Bejahung der Haftung hier, daß der Schadensfall vom Verbraucher, der zur Schadenstragung nicht in der Lage sein mag, auf die liefernde Unternehmung verlagert wird, welche sich leicht gegen derartige Risiken versichern oder im Wege der Selbstversicherung durch Bildung von Rückstellungen zu diesem Zwecke Vorsorge treffen kann; die liefernde Unternehmung kann dann den Schaden auf die Gesamtheit der Endverbraucher durch eine entsprechende geringfügige Erhöhung des Verkaufspreises verteilen. Diese Überlegung unterstellt, daß der Endverbraucher vermutlich weni-

Im revidierten Ablauf ist daher jedes Wirtschaftssubjekt in dem Maße hinsichtlich von Transaktionskosten der „cheapest cost avoider“, wie es selbst aktiv Werbung und Marketing zur Gestaltung von Austauschvorgängen betreibt.

Weil die Angebotsseite somit gegenwärtig wesentlich einfacher als die Nachfrageseite die Transaktionskosten, d.h. auch die Kosten ökonomischer Fehlläufe minimieren kann, müßte entsprechend den Grundsätzen der ökonomischen Analyse des Rechts das Privatrecht prinzipiell der Angebotsseite die Pflicht zuweisen, diese Transaktionskosten zumindest primär selbst zu tragen. Wer am kostengünstigsten die für die Anbahnung von Transaktionen notwendigen wirtschaftlichen Informationen bereitstellen kann, dem muß auch die rechtliche Pflicht, dies zu tun, auferlegt werden. Nur dann liegt es in seinem eigenen ökonomischen Interesse, diese Kosten möglichst gering zu halten. Der ökonomische Mechanismus der „self interested“ Nutzenmaximierung würde dafür sorgen, daß alle Austauschvorgänge mit möglichst geringen Transaktionskosten belastet werden würden. Die ökonomischen Gesetzmöglichkeiten führen nicht automatisch zu dieser möglichst marktrationalen Kostenträgerzuweisung: Dies ist eine Funktion, die im Rahmen der Beurteilung von ökonomischen Güteraustauschprozessen dem Kaufrecht zugewiesen werden muß.

8.2.4. Die kaufrechtliche Situation

Ob das Kaufrecht und insbesondere die Sachmängelhaftung des BGB diesen ökonomischen Anforderungen Genüge leisten kann, läßt sich am besten durch eine Betrachtung der Regelung von ökonomischen Fehlläufen im Zuge von Austauschvorgängen erkennen. Nur wenn das Privatrecht grundsätzlich der Angebotsseite als dem wirtschaftssituationsbedingten „cheapest cost avoider“ die Pflicht zur Kostentragung von ökonomischen Fehlläufen infolge von mißverständlichen oder irreführenden Bemühungen der Vertragsanbahnung zuweisen würde, wäre aus ökonomischer Sicht alles Notwendige dafür getan, um wirtschaftliche Fehlläufe möglichst weitgehend auszuschließen bzw. deren Kosten möglichst gering zu halten. Der aktiv den Prozeß der Vertragsanbahnung steuernde Transaktionspartner wäre dann im eigenen ökonomischen Interesse daran interessiert, jeden Austauschvorgang möglichst kostengünstig und damit die Allokation der Ressourcen optimal zu gestalten.

Um unter diesem Gesichtspunkt die vertragsrechtliche Situation der Haftung für vertragsanbahnende Erklärungen zu prüfen, soll hier noch einmal auf einige bereits schon vorstehend erwähnte Beispielsfälle der Vertragsanbahnung aus der Wirtschaftspraxis zurückgegriffen werden.

ger geneigt ist, sich selbst zu versichern oder nicht in der Lage ist, sich zu ebenso wirtschaftlichen Bedingungen zu versichern, wie diese dem Unternehmer geboten werden.“

S. 135: „... das Unternehmen wird in der Regel ein solches Risiko besser übersehen, sich besser darauf vorbereiten und eher in der Lage sein, den Schaden zu absorbieren.“

Der Unternehmer kann auch eine seinen zu versteuernden Gewinn herabsetzende Rückstellung machen, s. Durchlaub, W., Rückstellungen für Gewährleistungs- und Ersatzansprüche, BB 1979, 825 ff.

Im ersten Fall¹⁰³ handelte es sich um eine eklatante Preistäuschung. In einem Werbeinserat wurde eine leichtbeschädigte Waschmaschine als besonders preisgünstig angekündigt, obwohl sie teurer als unbeschädigte Geräte verkauft wurde. Dem getäuschten Nachfrager wird hier weder ein Minderungsrecht gemäß §§ 459, 262, 465, 472 zustehen – weil der Preis keine Beschaffenheit der Kaufsache ist –,¹⁰⁴ noch ein Schadensersatzrecht gemäß § 463 – weil die Werbeangabe keine Zusicherung einer Eigenschaft darstellt –;¹⁰⁵ nur wenn es ihm gelingen würde, ein arglistiges Verhalten des Verkäufers zu beweisen, könnte er gemäß § 123 den Vertrag anfechten.¹⁰⁶ Dies würde zur Rückabwicklung des Austauschvorgangs führen, ohne daß der Anfechtende einen vertragsrechtlichen (§ 823 Abs. 2 i. V. m. § 123 BGB oder § 263 StGB sollen hier ausgeklammert bleiben) Schadensersatzanspruch erhalte. Obwohl die Fehlerursache für die mißglückte Transaktion unzweideutig in der Sphäre des Anbieters liegt, kann der Nachfrager weder einen Ersatz seiner Transaktionskosten verlangen, noch werden diese der Angebotsseite als dem ökonomisch günstigsten Kostenträger auf sonstige Weise zugewiesen.

Im zweiten Fall, demjenigen der unrichtigen DIN-Angabe in einem Werbeprospekt,¹⁰⁷ kann der Käufer, vorausgesetzt man hält deswegen die Kaufsache für fehlerhaft, Wandelung oder Minderung gemäß §§ 459, 462 bzw. Lieferung einer mangelfreien Sache gemäß § 480 verlangen: Ein vollständiger Ausschluß der Ansprüche gemäß § 462 in Allgemeinen Geschäftsbedingungen würde gegen § 11 Nr. 10a AGB-Gesetz verstoßen; gemäß § 11 Nr. 10b AGB-Gesetz ist aber eine Beschränkung auf Nachbesserung, hilfsweise Wandelung zulässig. Die im Werbeprospekt angegebene Watt-Leistung des Stereogerätes ist wohl als eine Beschaffenheit des Kaufgegenstandes bzw. Gebrauchsbestimmung im Sinne des § 459 Abs. 1 zu werten; problematisch ist jedoch, inwieweit diese als „nach dem Vertrage“ vorausgesetzt betrachtet werden kann.¹⁰⁸ Ausgeschlossen werden kann jedenfalls, daß es sich dabei um eine Zusicherung von Eigenschaften gemäß § 459 Abs. 2 handelt.¹⁰⁹ Allenfalls könnte daher der Käufer Minderung bzw. Wandelung gemäß § 462 oder Nachlieferung einer mangelfreien Sache gemäß § 480 begehren; ein Schadensersatzanspruch steht ihm jedenfalls nicht zu. Aber auch die Durchsetzung dieser Rechtsansprüche wäre nicht mit unbeträchtlichen Risiken für den Käufer verbunden, die immerhin ökonomisch als so bedeutend zu betrachten sind, daß der Verkäufer es auch in diesem Fall wagen konnte, eine diesbezügliche gütliche Einigung von Anfang an einfach abzulehnen.¹¹⁰ Mangels einer entsprechenden eindeutigen Erklä-

¹⁰³ S. oben I.4.3. bei Fußn. 124 (Preistäuschung durch ein Werbeinserat).

¹⁰⁴ S. oben III.7.2.2.2., Fußn. 138; vgl. dazu auch Koller, Risikozurechnung, S. 115 ff., 116.

¹⁰⁵ S. oben III.7.2.3., Fußn. 148 ff.

¹⁰⁶ Zu den damit verbundenen praktischen Schwierigkeiten s. oben III.4.6., Fußn. 125 ff.; Gleiches gilt auch für eine mögliche Anspruchsstellung aus § 823 Abs. 2 i. V. m. § 263 StGB bzw. § 123 BGB.

¹⁰⁷ S. oben I.4.3.2.

¹⁰⁸ S. oben III.7.2.2.1., Fußn. 93 ff.

¹⁰⁹ S. oben III.7.2.3., Fußn. 148 ff., 161.

¹¹⁰ S. oben I.4.3.2. am Ende.

runghaftung des Anbieters werden auch in diesem Fall die mit dem Güterfehllauf verbundenen Transaktionskosten zuerst einmal der Nachfrageseite auferlegt, wobei es ungewiß ist, ob diese unter Heranziehung von gerichtlicher Hilfe im Endeffekt vielleicht doch vom Anbieter zurückgefordert werden könnten. Der Nachfrager gerät in eine mißliche Situation; für den Anbieter wäre es ein Leichtes gewesen, richtige Katalogangaben zu machen; er war sich der Unrichtigkeit seiner Werbebehauptungen offensichtlich auch bewußt.¹¹¹ Offenbar bestand für eine Korrektur weder ein ökonomischer Anreiz noch ein rechtlicher Zwang, weil mehrere Anbieter sich genauso verhielten, so daß man geradezu von einem „Kartell“ der unpräzise Informierenden sprechen könnte.

Ökonomisch betrachtet führt auch diese Situation zu einer Verschwendung von Transaktionskosten, die hier vor allem durch Rechtsunsicherheit bedingt ist. Eine Kostenreduzierung könnte z. B. durch eine Vereinfachung und damit verbundene Klarstellung der rechtlichen Regelungen für derartige Fälle bewirkt werden: „Je einfacher die das Institut der Vertragshaftung beherrschenden Regeln sind, je genauer vorhersehbar die gerichtliche Entscheidung ist, um so mehr wird eine außergerichtliche Streiterledigung gefördert, was zu offensichtlichen Kosteneinsparungen führt.“¹¹² Je komplizierter und zweideutiger die rechtlichen Folgen von ökonomischen Fehlläufen sind, desto höhere Transaktionskosten werden dadurch bewirkt; es wird zu suboptimalen und zugleich auch wettbewerbsschädlichen Allokationen kommen, weil viele Nachfrager eine mögliche Rückabwicklung unter Heranziehung gerichtlicher Hilfe wegen der damit verbundenen Schwierigkeiten scheuen. Die hohe Zahl der mit Gewährleistungsansprüchen zusammenhängenden Verbraucherreklamationen¹¹³ kann dafür zumindest als ein Indiz gewertet werden.

Auch der nächste Fall, derjenige der falschen Berühmung eines Sammlerwerts für ein Silber-Barren-Sortiment,¹¹⁴ führt, wenn überhaupt, nur zu einer Rückabwicklung des Austauschvorgangs durch Wandelung gemäß §§ 459, 462; ein Schadenersatzanspruch der Nachfrageseite gemäß § 463 ist ausgeschlossen, weil das Vorliegen einer Zusicherung von Eigenschaften gemäß § 459 Abs. 2 verneint werden muß.¹¹⁵ Auch in diesem Fall ist es nicht völlig unproblematisch und schon auf den ersten Blick für alle Transaktionsparteien einsichtig, daß die Kaufsache wegen der Nichtexistenz eines besonderen „Sammlerwerts“ als gemäß § 459 Abs. 1 fehlerhaft zu betrachten ist; der Sammlerwert ist keine Beschaffenheit der Kaufsache, wohl aber ein Umstand, der nach der Art und Dauer und nach der Verkehrsanschauung einen Einfluß auf die Wertschätzung der Sache selbst auszuüben pflegt.¹¹⁶ Die Beweislast für die Nichtexistenz des in der Werbung berühmten Sammlerwerts wird dem

¹¹¹ S. oben I.4.3.2. am Ende.

¹¹² Trimarchi, ZHR 136 (1972), 123.

¹¹³ S. oben I.4.2., Fußn. 75; rund 70% aller Verbraucherreklamationen betreffen Gewährleistungsfälle aufgrund von Kauf-, Dienst- und Werkverträgen.

¹¹⁴ S. oben I.4.3.3.

¹¹⁵ S. oben III.7.2.3., Fußn. 148 ff.

¹¹⁶ S. oben III.7.2.2., Fußn. 139.

Nachfrager auferlegt. Er muß die Kosten für die Inanspruchnahme rechtsanwaltshaftlicher und gerichtlicher Hilfe zumindest vorlegen. Die Nachfrageseite kann somit aufgrund der Versprechungen der Angebotsseite in der Werbung in einen Kaufvertrag hineingelockt und zum Vollzug des zumindest vorläufigen Austausches der Wirtschaftsgüter bewegt werden, ohne daß dem Anbieter eine Schadensersatzforderung drohen würde; allenfalls muß er die Vertragskosten gemäß § 467 Abs. 1 Satz 2 bei einer Rückabwicklung sowie die Kosten eines für die Gegenseite günstig ausgehenden Verfahrens tragen. Den Großteil der sonstigen mit dem mißglückten Austausch verbundenen Transaktionskosten, insbesondere die Opportunitätskosten, muß der Nachfrager tragen.

Für den Käufer noch ungünstiger ist das Ergebnis der rechtlichen Regelung im Falle des Kaufs von in der Werbung als „tropffrei“ angepriesenen Weihnachtskerzen.¹¹⁷ Weil das Gericht die auf der Produktpackung angebrachten Werbeangaben als kaufrechtlich irrelevant qualifizierte, muß der Käufer nicht nur alle mit diesem Austausch verbundenen Transaktionskosten, sondern auch noch die Folgeschäden (z. B. verrußte Decke, vertropfter Teppich) ohne jede Regreßmöglichkeit selbst tragen. Die Gerichte pflegen derartige Werbeangaben als unerheblich zu qualifizieren, obwohl sie ökonomisch eine kaufentscheidende Information und Motivation darstellt. Der Käufer geht folglich leer aus, wenn er derartigen Angaben vertraut.

Ein letztes Beispiel:¹¹⁸ Es wurde in den Jahren 1972–1974 mit einem festgestellten Gesamtumsatz von 36 Millionen DM als Kfz-Zubehörteil ein in der Werbung als besonders benzinsparend herausgestellter „Zündverstärker“ verkauft; dieses Gerät erwies sich als völlig untauglich. Möglicherweise mag es zwar die Zündung verstärkt haben, aber der von der Werbung besonders hervorgehobene Effekt, der auch regelmäßig das allein ausschlaggebende Motiv für den Kauf dieses Geräts war, die Drosselung des Benzinverbrauchs, trat nicht ein. Bei einem Kaufpreis von rund DM 20 ist die Wahrscheinlichkeit der Verfolgung und Realisierung eines Wandelungsanspruchs (Minderung ist aus faktischen Gründen ausgeschlossen) gemäß §§ 459, 462 äußerst gering: Die damit verbundenen Kosten und Mühen lohnen den zu erwartenden Ertrag nicht. Mangels für ihn ökonomisch vorteilhafter Sanktionen reagiert der geprellte Käufer wie so oft in vergleichbaren Fällen: Er läßt die Sache auf sich beruhen. Wie eine im Auftrag der EG-Kommission durchgeführte Befragung zeigt,¹¹⁹ unternehmen im Durchschnitt 33% der bei einem Kauf in der EG übervor-

¹¹⁷ S. oben III.7.2.1., Fußn. 85 ff., 88.

¹¹⁸ S. v. Falckenstein, II, Tabelle 39, Nr. 16; s. auch Schricker, G., Werbung, Wettbewerb und Verbraucherschutz – Neue Wege zur Bekämpfung unlauterer Geschäftspraktiken, Vortrag auf der Hauptversammlung der MPG 1979, Mainz, 9. 5. 1979, S. 13; veröffentlicht in Universitas, 1979, 1043 ff.

Das Gerät wurde in der Werbung angekündigt: „Spart Benzin, schont den Motor“. Vgl. auch ADAC motorwelt, 1979, H. 11, S. 16: „Vorsicht bei Benzinspargeräten: Bis zu 30% Benzinersparnis verspricht der Prospekt ... Ein anderes Ding ... bis zu 25% Ersparnis ohne Leistungsverlust“. Die ADAC-Techniker machten die Probe aufs Exempel. Ergebnis: „keinerlei Benzinersparnis“ ...

¹¹⁹ S. die oben I.4.1., Fußn. 73, erwähnte EG-Studie zur Verbraucherinformation durch die

teilten Verbraucher überhaupt nichts; 44% beschwerten sich beim Verkäufer; jedoch nur 1% wenden sich an die Gerichte. Würde man den Beschwerdeführern nicht ein rechtlich mangelhaftes Reklamations- bzw. ein ökonomisch regelmäßig wenig interessantes Wandlungs- bzw. Minderungsrecht gewähren, so könnte diese Remonstration ein ganz anderes wirtschaftliches Gewicht bekommen. Würde der Verkäufer nach Vollzug eines für den Käufer nutzlosen Austauschgeschäftes mit einer *Schadensersatzforderung* zu rechnen haben, bestünde die Gefahr, daß dieser Gütertausch für ihn einen ökonomischen Verlust mit sich bringt. Er müßte befürchten, infolge der Verwendung unpräziser oder irreführender Werbeangaben, nicht nur seines unternehmerischen Gewinns verlustig zu gehen, sondern auch weitere Vermögensseinbußen hinnehmen zu müssen, um dem beim Käufer dadurch entstandenen Aufwand der nutzlosen Vertragsanbahnung zu ersetzen. Er sähe sich daher einem völlig anderen ökonomischen Risiko als bislang ausgesetzt.

8.2.5. Die ökonomische Bewertung

Die kaufrechtliche Würdigung unserer Beispielsfälle hat demgegenüber ein ökonomisch in die andere Richtung deutendes Ergebnis gezeigt: Häufig wird eine Haftung völlig verneint und die Werbeangaben werden nur als rechtlich unerheblich gewertet. Auch im Falle eines Gattungskaufs kann der durch Werbeangaben fehlgeleitete Käufer dann trotz der Existenz des § 480 BGB keinerlei Ansprüche geltend machen.

Manchmal kann unter Berücksichtigung bestimmter Werbeangaben eine Ware als fehlerhaft gemäß § 459 Abs. 1 betrachtet werden, so daß zumindest theoretisch eine Rückabwicklung (Wandelung) oder Anpassung (Minderung) des Austauschvorgangs vom Käufer begehrt werden kann. Nur in den seltensten Fällen kann die Nachfrageseite Schadensersatz gemäß § 463 oder gemäß § 823 Abs. 2 i. V. m. § 123 BGB oder § 263 StGB und damit zumindest den Ersatz eines Teils ihrer Transaktionskosten verlangen.

Als Regelfall wird im Kaufrecht der Stückkauf und als typische Sanktion für eine mögliche Abweichung der Ist- von der Soll-Beschaffenheit der Kaufsache Wandelung oder Minderung gemäß § 462 betrachtet. Durch AGB können bei Neuwaren sämtliche Schadensersatz- oder Nachlieferungsansprüche ausgeschlossen werden, wenn der Verkäufer dem Käufer zumindest einen Nachbesserungsanspruch, hilfsweise seine Rechte aus § 462 beläßt;¹²⁰ bei Gebrauchsgütern kann die Gewährleistung ganz ausgeschlossen werden. Häufig wird in der Praxis denn auch eine Beschränkung der Gewährleistung auf Nachbesserung, Lieferung einer mangelfreien Sache, Umtausch oder Wandelung angetroffen. Dies zeigt, daß entgegen dem Ergebnis der ökonomischen Analyse des Rechts in der Praxis der Nachfrageseite

Unternehmen, Tabelle 12, S. 15; vgl. auch Blecher, W., Die Bedeutung des „Complaining Behavior“ als Möglichkeit der Einflußnahme von Konsumenten auf das Güterangebot, Diplomarbeit Frankfurt/M. 1979, S. 10 ff.

¹²⁰ S. oben die Einzelheiten zum Haftungsausschluß, III.7.1.6., Fußn. 44 ff.

primär die aufgrund fehlerhafter vertragsanbahnender Erklärungen der Angebotsseite entstandenen Transaktionskosten zugewiesen werden. Dies ist ökonomisch eine suboptimale Lösung. Durch wirtschaftliche Überlegungen zur bestmöglichen kostenminimierenden Zuweisung von Transaktionskosten wird das immer wieder geäußerte rechtliche Unbehagen an den Regelungen der §§ 459 ff. außerhalb juristischer Dogmatik rationalisiert und bestätigt. Rabel¹²¹ äußerte in diesem Zusammenhang:

„Viele Schriftsteller und Richter haben unbehaglich gefühlt, wie unsicher die Natur und die Grenzen des Rechtsinstituts sind, das man Gewährleistung wegen Sachmangels nennt. Es handelt sich um praktische Fragen des täglichen Verkehrs, aber sie erscheinen dem Juristen voll ungelöster Schwierigkeit. Ich wiederhole mit größerer Gewißheit als einst die Behauptung, daß die Unregelmäßigkeiten und Unklarheiten dieser Lehre wesentlich durch das irrationale Überleben einer altertümlich verwurzelten Doktrin verursacht sind.“

Diese Feststellung kann ökonomisch verifiziert werden; und dies nicht nur im Hinblick auf die mit der Anwendung der §§ 459 ff. verbundene Rechtsunsicherheit. Da das Gewährleistungsrecht, namentlich in Verbindung mit dem AGB-Gesetz, im wesentlichen die Kostentragungspflicht für ökonomische Fehlläufe infolge unpräziser oder irreführender Werbeangaben dem Nachfrager, d.h. dem Käufer, zuweist, verfehlt es zu einer Minimierung von Transaktionskosten beizutragen. Der durch Werbeaussagen, die nicht mit der Warenrealität übereinstimmen, zu einem Vertragsabschluß bewegte Käufer kann sich nach geltendem Recht im Fall einer nicht bedürfnisgerechten Warenlieferung meist nur unter Schwierigkeiten allenfalls vom Vertrag lösen bzw. den Kaufpreis mindern; einen angemessenen Schadenersatz kann er vom Verkäufer regelmäßig nicht verlangen. Die durch irreführende Werbung bewirkte Fehlleitung der Nachfrage geht ökonomisch überwiegend zu Lasten der Nachfrager. *Durch das Gewährleistungsrecht wird der Verkäufer nicht veranlaßt, von seiner Seite Anstrengungen zu unternehmen, um ein Fehlgehen der Nachfrage möglichst auszuschließen oder die Transaktionskosten zu dämpfen.* Die Angebotsseite kann zunächst einmal versuchen, ihre Gewinnchancen am Markt wahrzunehmen. Der Käufer muß nach Vollzug eines Güteraustausches, wenn sich dieser als unbefriedigend erweist, erneut Anstrengungen unternehmen, damit er letztlich doch zufriedengestellt werden kann. Dieses grundsätzliche System der ökonomischen Risiko- und Kostenverteilung des Fehlgehens der Nachfrage, ist in einer marktwirtschaftlich gesteuerten Wirtschaftsordnung mit weit überwiegenden vertragsanbahnenden Bemühungen der Angebotsseite ökonomisch nur suboptimal.

Der Käufer kann durch vielversprechende Werbeangaben zum Abschluß eines Kaufvertrags und auch zum vollständigen Vollzug eines Güteraustausches verleitet werden und muß dann, wenn er seine mangelnde Bedarfsdeckung entdeckt, ohne regelmäßig die damit verbundenen Kosten in voller Höhe von der Angebotsseite verlangen zu können und unter Übernahme erheblicher wirtschaftlicher Risiken aktiv werden, um wenigstens den „status quo ante“ des Güteraustausches wieder

¹²¹ Rabel, 2. Band, S. 102; vgl. dazu auch Pecher, S. 77.

herzustellen (Wandelung) bzw. eine Preisanpassung (Minderung) durchzusetzen. Durch AGB kann dieses Verfahren bei fabrikneuen Sachen durch die Vorschaltung eines Nachbesserungsversuchs sogar noch kompliziert, bei gebrauchten Sachen grundsätzlich völlig ausgeschlossen werden. In den meisten Fällen hat sich daher in der wirtschaftlichen Praxis als Alternativmodell zu dem gesetzlichen Sanktionskonzept der §§ 459 ff. die Beschränkung der Rechte der Käufer auf ein Nachbesserungs- respektive Wandelungsrecht durchgesetzt.¹²² Genauso wie bei der Funktionsaufspaltung¹²³ hat auch im Rahmen der Haftungsfreizeichnung für Gewährleistungsansprüche der *Wettbewerbsdruck* dafür gesorgt, daß alle rechtlich gegebenen Spielräume von der Angebotsseite dazu benutzt werden (müssen), um die Entstehung von Kosten aufgrund von Sachmängelansprüchen auf der Angebotsseite möglichst auszuschließen bzw. auf die Nachfrageseite zu verlagern.

Führt ein enttäuschter Kunde trotz aller damit für ihn verbundenen Schwierigkeiten¹²⁴ die Wandelung oder Minderung in bestimmten Einzelfällen gleichwohl erfolgreich durch, befindet er sich vom wirtschaftlichen Ergebnis her betrachtet, wiederum am ursprünglichen Ausgangspunkt seines Entscheidungsprozesses.¹²⁵ Er muß erneut beginnen, für seine Nachfrage auf dem Markt ein passendes Angebot zu suchen und zu finden. Diese Zuweisung der Kostentragung für ein derartiges Verfahren des „trial and error“ in einem marktwirtschaftlichen Verteilungssystem geht ökonomisch zu Lasten des Käufers. Er trägt das Hauptgewicht aller – auch im Falle einer „problemlosen Stornierung“ – entstehenden Transaktionskosten, die sich aus dieser Annullierung und Rückabwicklung des Geschäftsabschlusses ergeben, abgesehen davon, daß er jede dafür notwendige physische und psychische Energie aufbringen muß, ohne daß man ihm in diesem Zusammenhang nur irgendeine Sorgfaltspflichtverletzung zum Vorwurf machen könnte. Neben den Wegekosten, der verlorenen Zeit und des Ärgers sind dies vor allem auch die ökonomisch bedeutsamen, obwohl rechtlich bislang noch nicht ausdrücklich erfaßten Opportunitätskosten, d. h. der Käufer hätte statt dieses Fehlschlags während der gleichen Zeit etwas Vernünftiges für sich tun können. Statt sich einer letztlich nicht bedürfnisgerechten Alternative zuzuwenden, hätte er z. B. ohne die Fehlleitung durch irreführende Vertragsanbahnungsmaßnahmen das für ihn richtige Angebot auf dem Markt entdecken können.

Dieses bürgerlich-rechtliche Modell der – ökonomisch gesprochen – Transaktionskostenzuweisung bzw. – juristisch gesprochen – Haftung für Sachmängel mag ehemals auf einem römischen Markt noch funktioniert und auch den damaligen wirtschaftlichen Anforderungen genügt haben.¹²⁶ Angebots- und Nachfrageseite

¹²² S. oben III.7.1.6.; vgl. auch Esser/Weyers, S. 84.

¹²³ Zur Funktionsaufspaltung s. oben III.7.1.8. bei Fußn. 66 ff.

¹²⁴ S. oben bei Fußn. 119; s. oben I.4.2.1., Fußn. 95.

¹²⁵ S. oben I.1.

¹²⁶ Zur Herkunft des Sanktionsmodells der bürgerlich-rechtlichen Sachmängelhaftung s. oben III.7.1.2.

standen sich damals viel unvermittelter gegenüber als dies im revidierten Wirtschaftsablauf in einer hochindustrialisierten Gesellschaft der Fall ist. Bei einem Kauf von Waren nach Besichtigung auf einem römischen Marktplatz, für die beim Käufer und Verkäufer in etwa gleiche Warenkenntnis vorausgesetzt werden kann, ist in der Tat der Käufer derjenige, der am einfachsten die Entstehung unnötiger Transaktionskosten vermeiden kann.¹²⁷ Er kann auch prüfen, untersuchen und abwägen, bevor er kauft. Hier ist eine „caveat emptor“-Lösung auch ökonomisch gerechtfertigt. Außerdem waren die Wege zur Rechtsverfolgung wesentlich kürzer und unkomplizierter. Im Zweifelsfall saß der kurulische Ädil auf seinem Elfenbeinsessel als kleine Marktgerichtsbarkeit¹²⁸ am Markttag auf oder in der Nähe des Marktes zu Gericht, so daß auch der „access to justice“¹²⁹ außergewöhnlich kostengünstig für alle Beteiligten organisiert war.¹³⁰ Ausgehend von diesem Grundmodell des Güteraustausches auf einem Marktplatz können aber heute in einer Industriegesellschaft mit umfangreichen absatzfördernden Aktivitäten der Angebotsseite die Risikotragung und Sorgfaltspflicht für einen Güteraustausch nicht mehr bestimmt werden. Dieser Gesichtspunkt hat bislang im Kaufrecht noch keinerlei Niederschlag gefunden:

„Nun geht bekanntlich der Richter nicht in dieser Weise vor. Als geschuldet sieht er vielmehr alle traditionell eingeführten Vorsorgemaßnahmen oder auch solche Maßnahmen an, welche dem gesunden Menschenverstand und einem allgemeinen Sinn für kaufmännischen Anstand als geboten erscheinen mögen. Derartige Kriterien mögen sicherlich für die Probleme einer landwirtschaftlich und handwerklich orientierten Wirtschaftsordnung ausreichend sein; sie sind es nicht für eine Industriegesellschaft, die zu einer bewußten und rationalen Ausbeutung ihrer Ressourcen tendiert.“¹³¹

In die gleiche Richtung zielen auch die Bemühungen Schumachers, S. 69 ff., den „Unerfahrenen“ zivilrechtlich besser zu schützen.

¹²⁷ Vgl. dazu auch das Beispiel bei Posner, a. a. O., Fußn. 8, S. 222/223: „Wenn es sich um eine Eigenschaft handelt, die der Käufer mit einem Griff oder einem Blick (also zu sehr geringen Kosten) beim Kauf überprüfen kann – wie beispielsweise die Geschmeidigkeit eines Kaschmirpullovers –, dann sollte der Verkäufer nicht zur Offenbarung dieser Eigenschaft gezwungen werden.“

Dies zeigt, daß Posner in seiner ökonomischen Analyse des Rechts noch weitergeht. Er will dem „cheapest cost avoider“ nicht nur eine Haftung für gegebene Information auferlegen – das ist für ihn eine Selbstverständlichkeit –, sondern ihm darüber hinaus auch noch bestimmte positive Informations- und Erklärungspflichten auferlegen. Posner verlangt daher eine Haftung des Anbieters für die Nichtoffenbarung wahrheitsgemäßer Informationen z. B. über ein Produkt. Die rechtliche Regelung einer derartigen Einstandspflicht ist jedoch wesentlich komplizierter als die Festlegung einer Haftung für gegebene Informationen; dies gibt auch Posner, a. a. O., selbst zu bedenken.

¹²⁸ Kaser, S. 160; Seidl, Rdz. 548.

¹²⁹ S. Cappelletti/Garth, Access to Justice, A World Survey, Mailand 1978, S. 5 ff.

¹³⁰ Rudimentäre Überreste dieser Marktgerichtsbarkeit finden sich heute noch in §§ 30, 217, 274 Abs. 3 Satz 2 ZPO (Messen- und Marktsachen); diese Vorschriften gelten allerdings nur für Handelsgeschäfte.

¹³¹ Trimarchi, ZHR 136 (1972), 132.

In dem Maße, wie der rechtlich zu beurteilende wirtschaftliche Sachverhalt, das typische Modell des Kaufs als Urform jedes Güteraustausches sich grundlegend verändert hat, muß auch das Kaufrecht neu überdacht werden. Die ehemals vor einem agrarwirtschaftlichen Hintergrund entwickelten Lösungskonzepte für ökonomische Fehlläufe bei Transaktionen können nicht unkritisch als auch immer noch heute für eine Industriegesellschaft mit völlig anderen wirtschaftlichen Voraussetzungen gültig und ökonomisch optimal übernommen werden.¹³²

Die ökonomische Analyse des Kaufrechts und insbesondere der Haftung für Sachmängel zeigt, daß das bürgerlich-rechtliche Sanktionsmodell im Regelfall, Wandelung und Minderung, für den Sachverhalt einer Abweichung der Ist-Beschaffenheit der Kaufsache von der durch vertragsanbahnende Erklärungen zumindest ökonomisch näher bestimmten Soll-Beschaffenheit heute nicht mehr ausreicht. Es stellt nicht nur rechtsdogmatisch,¹³³ sondern auch rein ökonomisch betrachtet eine Fehlleistung dar, weil es mangels einer ausreichenden Erklärungshaftung nicht dazu beiträgt, um die Transaktionspartner im revidierten Wirtschaftsablauf zu einer Minimierung der Transaktionskosten anzuhalten. Es kommt daher häufig nur zu suboptimalen Allokationen der Ressourcen, wobei der daraus resultierende Schaden zum einen insbesondere von der Nachfrageseite, zum anderen – was die unerwünschte Umleitung von Kunden und die daraus resultierende Wettbewerbsverzerrung angeht – aber auch von der gesamten Volkswirtschaft getragen werden muß. Je weniger das Bürgerliche Recht eine Haftung für vertragsanbahnende Erklärungen statuiert, desto größer ist aber die volkswirtschaftliche Verschwendung von Transaktionskosten bei Tauschvorgängen in einem marktwirtschaftlich gesteuerten Güteraustauschsystem.

Bevor im folgenden unter Heranziehung der ökonomischen Analyse des Rechts ein ökonomisch möglichst günstiges Modell der Haftung für Werbeangaben entworfen werden kann, muß zunächst noch vorab die *deliktsrechtliche* Situation der Vertragsanbahnung näher untersucht werden, denn auch das Deliktsrecht könnte unter Umständen die fehlende kaufrechtliche Erklärungshaftung ersetzen bzw. deren spärliche Ansätze zu ergänzen versuchen.

¹³² Zur Bedeutung der Änderung der wirtschaftlichen Gegebenheiten s. oben I.2.ff.

¹³³ Pecher, S. 77; vgl. auch Stoll, H., Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung, AcP 136 (1932), 281 f., 317 f.

9. Deliktsrecht

9.1. § 823 Abs. 1 BGB – Die beschränkte Generalklausel

Das Fehlen einer vertragsrechtlichen Erklärungshaftung wöge weniger schwer, wenn wenigstens deliktsrechtlich die regelmäßig durch Vertragsanbahnungsaktivitäten betroffenen Vermögensinteressen der Nachfrageseite angemessen geschützt werden würden.¹ Im Gegensatz zu anderen europäischen Rechtsordnungen² kennt das deutsche Deliktsrecht keine Generalklausel des Schadensersatzes für unerlaubte Handlungen, die bei jeder Verletzung eines Rechtsguts eingreift. Gemäß § 823 Abs. 1 wird nicht jedes Rechtsgut schlechthin, sondern es werden nur Lebensgüter, wie z. B. Leben und Gesundheit, absolute Recht, wie z. B. Eigentum und sogenannte Rahmenrechte, wie z. B. das allgemeine Persönlichkeitsrecht, geschützt.³

9.1.1. Reine Vermögensschäden

Handelt es sich nicht um Schäden am Eigentümer oder der Gesundheit, die z. B. infolge der Verwendung eines fehlerhaft hergestellten Produkts auftreten können,⁴ sondern um Aufwendungs-, Vertrags- oder Differenzschäden,⁵ die aufgrund un-

¹ Zur Anspruchskonkurrenz von vertraglichen, insbesondere kaufrechtlichen Sachmängelansprüchen und deliktsrechtlichen Ansprüchen s. Schwark, E., Kaufvertragliche Mängelhaftung und deliktsrechtliche Ansprüche, AcP 179 (1979) 57 ff.; s. auch BGH 24. 11. 1976 – Schwimmschalter, NJW 1977, 379 ff., 380: „Zwischen dem Schadensersatzanspruch aus Vertragsverletzung und aus unerlaubter Handlung besteht eine echte Anspruchskonkurrenz mit der Folge, daß jeder Anspruch der ihm eigenen gesetzlichen Regelung folgt und es dem Geschädigten grundsätzlich freisteht, auf welche Anspruchsgrundlage er seine Forderung stützen will.“

Nach ständiger Rechtsprechung stellen Sachmängel, die der Kaufsache zur Zeit der Übergabe anhaften, keine Beschädigung fremden Eigentums im Sinne des § 823 Abs. 1 dar, s. RG, JW 1905, 367 (368); BGH a. a. O.; Dunz/Kraus, Haftung für schädliche Ware, S. 66.

Zur Bedeutung und Abgrenzung der Produzentenhaftung s. oben II.2. bei Fußn. 43, sowie III.7.1.8. bei Fußn. 76 ff.; die Produzentenhaftung greift bei „Waren“-Fehlern (produktbezogene Haftung) ein, während es uns um die rechtliche Behandlung „fehlerhafter“ Vertragsanbahnungsmaßnahmen, z. B. irreführender Werbeangaben, geht.

Zur deliktischen Haftung für fahrlässige Irreführung vgl. Schumacher, S. 63 ff.

² Vgl. z. B. Art. 2043 italienischer Codice Civile; Art. 1382 französischer Code civil; Art. 41 schweizerisches Obligationenrecht; § 1295 österreichisches ABGB.

Das BGB hat den allgemeinen Grundsatz des „neminem laedere“ gerade nicht umfassend in § 823 Abs. 1 festschreiben wollen, s. Fikentscher, S. 566, 634.

³ Vgl. dazu und zu den anderen „sonstigen Rechten“ des § 823 Abs. 1, Fikentscher, S. 569 ff., 640 ff.; Larenz, Schuldrecht, BT, S. 533 ff.; Palandt/Thomas, § 823, Anm. 15. Zum Persönlichkeitsrecht vgl. die grundlegenden Entscheidungen BGHZ 13, 334; 26, 349; BVerfGE 30, 173 (174 ff.); BVerfG 14. 2. 1973, GRUR 1974, 44.

⁴ Diese Schäden können von der Produzentenhaftung erfaßt werden, s. oben II.2. sowie unten IV.1.3.3.2.

⁵ S. oben I.4. bei Fußn. 113; diese Schadenskategorien lassen sich als die Hauptschadensfälle unrichtiger Werbeangaben unterscheiden.

richtiger Werbeangaben bei der Vertragsanbahnung entstehen, wird dadurch unmittelbar nur das reine Vermögen der Nachfrager geschädigt.⁶ Ein ex post etwa deswegen unerwünschter Vertragsabschluß, weil die verkaufte Ware in ihrer tatsächlichen Beschaffenheit oder Funktionsgeeignetheit hinter der in der Werbung angepriesenen zurückbleibt, führt üblicherweise nur dazu, daß der Käufer eine Reduzierung seines Vermögens hinnehmen muß.⁷ Die Bezahlung des Kaufpreises hat sein Geldvermögen vermindert und damit auch seine künftige ökonomische Dispositionsfreiheit beschränkt.

Das Vermögen als solches stellt aber nach dem systematischen Aufbau des BGB (vgl. §§ 824, 826, 839) kein unmittelbar gemäß § 823 Abs. 1 geschütztes Rechtsgut dar. Eine schuldhafte Schädigung des Vermögens eines anderen kann daher nur dann zu einer Ersatzpflicht gemäß § 823 Abs. 1 führen, wenn gleichzeitig ein Lebensgut oder ein absolutes Recht, z.B. das Eigentum, durch die deliktische Handlung verletzt worden ist.⁸ Vermögensschäden sind somit gemäß § 823 Abs. 1 nur dann zu ersetzen, wenn sie infolge der Verletzung eines gemäß § 823 geschützten Lebensguts oder absoluten Rechts entstanden sind. Bewirken z.B. irreführende Vertragsanbahnungsmaßnahmen den Abschluß eines nicht bedürfnisgerechten Kaufgeschäftes, so wird typischerweise der Käufer – liegt nicht aufgrund anderer Umstände ein Fall der Produzentenhaftung vor⁹ – nur in seinem Vermögen geschädigt.¹⁰ Mangels der Verletzung eines gemäß § 823 Abs. 1 geschützten Rechtsguts sind der Nachfrageseite daher häufig trotz fehlerhafter, vermögensmindernder Vertragsanbahnungsaktivitäten keinerlei Schadensersatzansprüche gemäß § 823 Abs. 1 eröffnet.¹¹

9.1.2. Eigentum und Besitz

Bestimmte Vertragsanbahnungsmethoden, z.B. Aktivitäten der *Direktwerbung* können unter Umständen das Eigentumsrecht verletzen. Das OLG Nürnberg¹² hat dies in einem Beschluß über einen Einwurf eines kostenlosen Anzeigenblattes¹³ in

⁶ Zum Ausmaß der Vermögensschäden, s. oben I.4.2.2.

⁷ Wenn er keine vertraglichen Ansprüche aus Gewährleistung hat, s. oben III.8.2. ff.

⁸ Larenz, Schuldrecht, BT, S. 526; Fikentscher, S. 629, 634; vgl. auch Trinkner, BB 1975, 1494.

⁹ Dies würde bedeuten, daß ein fehlerhaftes, gefährliches Produkt, mit fehlerhaften z.B. irreführenden Werbeangaben, angepriesen worden ist; s. oben III.9., Fußn. 1.

¹⁰ Zur Schädigung durch den Abschluß eines ex post unerwünschten Kaufvertrages, s. unten III.9.1.4.

¹¹ Trinkner, BB 1975, 1494.

¹² OLG Nürnberg 25. 1. 1972, AfP 1972, 223. Vgl. in diesem Zusammenhang auch BGH 16. 2. 1973 – Briefwerbung, GRUR 1973, 552. Hier ging es allerdings um die Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch Methoden der Direktwerbung, s. unten III.9.1.3.

¹³ Zur Rechtsnatur und wettbewerbsrechtlichen Beurteilung von kostenlosen Anzeigenblättern vgl. Lehmann, M., Kostenlose Anzeigenblätter und unlauterer Wettbewerb, GRUR 1977, 21 ff.; ders., Die Verteilung von kostenlosen Presseerzeugnissen – insbesondere von Anzeigenblättern – und unlauterer Wettbewerb, in Fischer/Baerns (Herausgeber), Wettbewerbswidrige Praktiken auf dem Pressemarkt, S. 75 ff.

den Briefkasten einer Privatwohnung bejaht. Ein Wohnungsbriefkasten diene nicht dem Gemeingebrauch, sondern allein dem Interesse des Berechtigten, der sich den regelmäßigen Einwurf eines nicht bestellten Werbeanzeigenblattes kraft seines Eigentumsrechts verbieten könne. Einem Wohnungseigentümer war mehrmals, trotz vorhergegangenen ausdrücklichen Verbots gegenüber dem Austräger und dem Verleger, ein unerwünschtes Anzeigenblatt in seinen Briefkasten gesteckt worden. Das Gericht führte dazu aus:

„Der Briefkasten dient allein dem Interesse des Berechtigten. Durch seine Anbringung macht der Inhaber das Angebot, ihn und seine Familie betreffende Schriftstücke durch den Einwurf in den Briefkasten zugehen zu lassen. Er eröffnet die Möglichkeit, daß ihn Postsendungen, Mitteilungen und Zeitschriften auch während seiner Abwesenheit erreichen. Da der Briefkasten aber nicht dem Gemeingebrauch gewidmet ist, muß sein Inhaber es nicht hinnehmen, daß ihn jedermann zur Ablage von Schriftstücken, die nicht für den Inhaber und dessen Angehörige bestimmt sind, sondern sich an die Allgemeinheit richten, benutzt. Für einen solchen Zweck ist der Briefkasten infolge seines beschränkten Fassungsvermögens auch nicht bestimmt. Der Inhaber ist daher befugt, die Einlage nicht bestellter Schriftstücke in seinem Briefkasten zu verbieten. Mit dem Verbot widerruft er den Betroffenen gegenüber sein Angebot, den Briefkasten zur Zustellung von Schriftstücken zu benutzen. Hält sich der Betroffene nicht an das Verbot, so ist die weitere Benutzung des Briefkastens durch ihn eine unzulässige Einwirkung auf das Eigentum des Inhabers.“

Zu einer entsprechenden Schlußfolgerung kann man kommen, wenn ein unbestellter Vertreter trotz ausdrücklichen Verbots des Eigentümers oder Mieters („Beteln und Hausieren verboten“) an der Haustür mit geradezu brachialer Gewalt versucht, Einlaß in eine Wohnung zu bekommen, um dort jemanden zu einem Geschäftsabschluß zu bewegen oder sonst irgendwie werblich zu beeinflussen.¹⁴ Auch in diesem Fall wird man eine für § 823 Abs. 1 BGB relevante Besitz- und Eigentumsstörung bejahen müssen.

In derartigen Fällen liegt meist auch eine Störung der häuslichen Privatsphäre vor, die eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts darstellen kann.

9.1.3 Allgemeines Persönlichkeitsrecht

9.1.3.1 Wettbewerbsrechtliche Beurteilung

Wesentlich häufiger als Eigentums- oder Besitzstörungen sind in der Praxis¹⁵ die Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts eines Umworbenen durch Marketingmaßnahmen zu Zwecken der Vertragsanbahnung. Aus wettbewerbsrechtlicher Sicht in das allgemeine Persönlichkeitsrecht eingreifend – und daher auch als gemäß § 1 UWG als wettbewerbswidrig zu qualifizieren¹⁶ – werden z.B. folgende

¹⁴ Zum unbestellten Vertreterbesuch vgl. Lehmann, M., Ist der unbestellte Vertreterbesuch gemäß § 1 UWG sittenwidrig, GRUR 1974, 133 ff., 138; Schade, J., Geschäfte an der Haustür durch unbestellte Vertreter, *passim*.

¹⁵ Vgl. dazu v. Falckenstein, I, S. 55 ff.; Schade, S. 138 ff.

¹⁶ Vgl. dazu Krüger-Nieland, G., Persönlichkeitsschutz im Wettbewerbsrecht, GRUR 1974, 561; Schricker/Lehmann, Werbung/Unlauterer Wettbewerb, Rdz. 55 ff.; Lehmann, Vertreter-

Maßnahmen der gewerblichen Vertragsanbahnung beurteilt: Das Ansprechen von Passanten auf offener Straße,¹⁷ die Zusendung unbestellter Waren,¹⁸ die Telefonwerbung,¹⁹ die Zusendung von Werbematerial trotz wiederholter Aufforderung des Werbeadressaten, dies zu unterlassen,²⁰ der durch Täuschung oder Irreführung ersichliche Besuch eines unbestellten Vertreters und der Hausbesuch eines solchen zum Zweck der Bestattungs-²¹ oder Grabsteinwerbung.²²

Unstreitig verstößt aber auch jede unterschwellige, subliminale Werbemethode²³ gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht, weil hier der Umworbene in seinem Unterbewußtsein werblich beeinflusst wird, ohne erkennen zu können, daß ein kommunikativer Einfluß auf ihn ausgeübt wird. Er kann daher nicht bewußt erkennen und nachvollziehen, daß ihm eine Werbebotschaft übermittelt wird und kann sich deshalb auch diesem Einfluß und den daran möglicherweise anknüpfenden Wirkungen nicht entziehen. Soweit ersichtlich, sind aber derartige Werbemethoden in Deutschland jedoch bislang noch nicht zur Anwendung gekommen.

9.1.3.2. Bürgerlich-rechtliche Beurteilung

Der Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts²⁴ durch § 823 BGB hat sich interessanterweise anhand der Beurteilung von rechtswidrigen Werbemaßnahmen entwickelt, wobei jedoch jedesmal eine Rechtsverletzung nicht gegenüber den Wer-

besuch, GRUR 1974, 134 f.; Fernández-Nóvoa, Die belästigende Werbung, GRUR Int. 1973, 436 ff.

¹⁷ BGH 4. 12. 1964 – Werbewagen, GRUR 1965, 315; 8. 4. 1960 – Kraftfahrzeugnummernschild, GRUR 1960, 431.

¹⁸ BGH 11. 11. 1958 – Künstlerpostkarte, GRUR 1959, 277.

¹⁹ BGH 19. 6. 1970 – Telefonwerbung, GRUR 1970, 523; vgl. auch BGHZ 59, 317 – Telexwerbung.

²⁰ BGH 16. 2. 1973 – Briefwerbung, GRUR 1973, 552; wesentlich unkomplizierter als ein individueller Widerruf ist der Eintrag in die „Robinson-Liste“ des Frankfurter Adressenverleger- und Direktwerbeunternehmerverbands e. V., der besagt, daß man keinerlei Zusendungen von Werbedrucksachen wünscht; vgl. Handelsblatt vom 8. 11. 1978, S. 20: „Robinson-Leben mit leeren Briefkasten lockt wenig.“ Diese Möglichkeit scheint jedoch allgemein nicht bekannt zu sein.

²¹ BGH 8. 7. 1955 – Bestattungswerbung, GRUR 1955, 541.

²² BGH 12. 3. 1971 – Grabsteinwerbung II, GRUR 1971, 317; BVerfG 8. 2. 1972, GRUR 1972, 385.

²³ Zur Erscheinung der subliminalen Werbung vgl. v. Rosenstiel, L., Psychologie der Werbung, S. 16 ff., 254 ff.; zur rechtlichen Beurteilung vgl. Schricker/Lehmann, Werbung/Unlauterer Wettbewerb, Rdz. 57, Fikentscher, S. 641 (zur Suggestivwerbung); zur verfassungsrechtlichen Seite dieses Problems vgl. Faber, H., Innere Geistesfreiheit und suggestive Beeinflussung, S. 69 ff. Eine Erscheinungsform der unterschweligen Werbung ist z. B. die Einblendung von Werbebotschaften für Bruchteile von Sekunden in einen Film, so daß diese Beeinflussung unter der Schwelle des bewußten menschlichen Wahrnehmungsvermögens liegt.

²⁴ Vgl. grundlegend dazu Hubmann, H., Das Persönlichkeitsrecht, Münster 1953 (2. Aufl. 1967) passim; Schwerdtner, P., Das Persönlichkeitsrecht in der deutschen Zivilrechtsordnung, passim; ders., Der zivilrechtliche Persönlichkeitsschutz, JuS 1978, 289 ff.; Ehlers, W., Der Geldersatz für immaterielle Schäden bei deliktischen Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, passim; Larenz, Schuldrecht, BT, S. 548 ff.

beadressaten, sondern gegenüber jenen Persönlichkeiten, die zu bestimmten Werbezwecken „benutzt“ wurden, begangen worden war. Sowohl in den Entscheidungen *Herrenreiter*,²⁵ *Katharina Valente*,²⁶ *Paul Dahlke*²⁷ als auch im *Ginsengwurzel-Fall*²⁸ bestand die Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts darin, daß bestimmte Einzelpersonen zu Zwecken der Werbung abgebildet oder deren Meinungsäußerung über ein Produkt oder ihr Privatleben wiedergegeben wurde, ohne daß der Werbende bzw. Verleger von diesen Personen dazu autorisiert worden wäre.

Unter dem für uns primär relevanten Gesichtspunkt des Schutzes des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der *Werbeadressaten* und potentiellen *Käufer* vor rechtswidrigen Übergriffen der Werbung im Zusammenhang mit Vertragsanbahnungsmaßnahmen, sind freilich diese der Verletzung von Urheberrechten bzw. des Rechts am eigenen Bild nahestehenden unerlaubten Handlungen nur von geringem Interesse; uns geht es vielmehr um den zivilrechtlichen Schutz der häuslichen Privat- oder der persönlichen Intimsphäre des einzelnen Abnehmers vor unzulässigen Übergriffen der Wirtschaftswerbung.²⁹

Zu einer höchstrichterlichen Überprüfung einer Persönlichkeitsrechtsverletzung des Werbeadressaten durch Wirtschaftswerbung im Zusammenhang mit Vertragsanbahnungsbemühungen anhand § 823 Abs. 1 BGB ist es bislang nur in der Entscheidung „Briefwerbung“³⁰ gekommen. Anhand des Urteils wird klar, daß das Problem der Persönlichkeitsrechtsverletzung des Werbeadressaten durch Werbemaßnahmen nur durch eine auch das Verfassungsrecht berücksichtigende umfassende Güter- und Interessenabwägung der jeweiligen Umstände des Einzelfalles gelöst werden kann. Hinsichtlich des Sachverhalts bildet die BGH-Entscheidung „Briefwerbung“ eine Parallele zu dem vom OLG Nürnberg³¹ entschiedenen Fall. Auch hier handelte es sich um eine Kampagne der Direktwerbung, dieses Mal eines Kfz-Händlers, der im Abstand von jeweils 8 Tagen insgesamt 6 verschiedene Werbe-„Mitteilungen“ zum Versand brachte. Der Kläger fühlte sich schon bei der ersten

²⁵ BGHZ 26, 349; vgl. auch BGH 26. 1. 1971 – Helga, NJW 1971, 698; zur verfassungsrechtlichen Unbedenklichkeit dieser Rechtsprechung vgl. BVerfGE 24, 269 – Soraya.

²⁶ BGHZ 30, 7.

²⁷ BGHZ 20, 345.

²⁸ BGHZ 35, 363. Vgl. insgesamt dazu Schwerdtner, S. 175 ff.; Ehlers, S. 1 ff.; Baumbach/Hefermehl, Allgemeine Anmerkung, Rdz. 142 ff.

²⁹ Vgl. dazu Lehmann, GRUR 1974, 136; Sack, R., Konsumentenschutz in Privat- und Wirtschaftsrecht, in Schriftenreihe Rechtswissenschaft und Sozialpolitik, Bd. 12, S. 109; ders., Deliktsrechtlicher Verbraucherschutz gegen unlauteren Wettbewerb, NJW 1975, 1307. Diese Fallgruppe ist von der Literatur und Rechtsprechung noch nicht ausreichend vertieft behandelt worden. Vgl. zu dieser „Lücke“ Baumbach/Hefermehl, Allgemeine Anmerkung, Rdz. 142 ff. Zu dem Problemkreis der Bespitzelung von Kindern vgl. Stutzky, H., Heimlich registriertes Käuferverhalten und Persönlichkeitsrecht, JR 1974, 365 ff.

³⁰ BGH 16. 2. 1973, GRUR 1973, 552. Hier prüfte der BGH nur eine Verletzung des § 823 BGB. In anderen Fällen diene die Verletzung des Persönlichkeitsrechts nur als Argument, um die (wettbewerbsrechtliche) Sittenwidrigkeit einer Werbemaßnahme gemäß § 1 UWG begründen zu können; s. oben III.9.1.3.1.

³¹ S. oben Fußn. 12.

Sendung belästigt; er bat den Werbetreibenden schriftlich von der Übermittlung weiteren Werbematerials an ihn abzusehen. Das Gericht entschied: „Fordert der Empfänger einer individuell gestalteten Briefwerbung das werbende Unternehmen auf, von weiteren Werbesendungen dieser Art an ihn abzusehen, kann in der Mißachtung seines Verlangens eine Verletzung seines Persönlichkeitsrechts liegen. Die Beachtung des Widerspruchs ist jedoch nicht geboten, wenn dies wegen Art und Anlage der Werbeaktion für das werbende Unternehmen mit einem Arbeits- und Kostenaufwand verbunden ist, der in keinem angemessenen Verhältnis zu der mit der Werbung verbundenen Belästigung des Umworbenen steht.“³²

Der BGH wägt offensichtlich die gegenüberstehenden Interessen und Rechtspositionen der Angebots- und Nachfrageseite gegeneinander ab. Der Werbende wird sich auf die verfassungsrechtlich durch Art. 12, 14, 2 und vor allem auch Art. 5 GG geschützte „Werbefreiheit“³³ berufen, während der Werbeadressat auf den Schutz seiner Privat- oder häuslichen Intimsphäre, d.h. auf sein allgemeines Persönlichkeitsrecht aus Art. 1 und 2 Abs. 1 GG, rekurrieren kann.³⁴ Selbst wenn man verfassungsrechtlich prinzipiell von einer Gleichrangigkeit der einzelnen Grundrechte ausgehen will,³⁵ steht fest, daß weder der zentralen verfassungsrechtlichen Bedeutung der Menschenwürde und des Schutzes der Willens- und Handlungsfreiheit des Individuums, an dem Persönlichkeitsrecht des Verbrauchers das Recht des Gewerbetreibenden auf freie Entfaltung seiner gewerblichen Tätigkeit seine Schranken finden muß.³⁶ Nach den Wertvorstellungen des deutschen Grundgesetzes³⁷ hat der Schutz der Privatsphäre des einzelnen gegenüber dem Gewinnstreben und den daraus resultierenden werblichen Vertragsanbahnungsbemühungen eines Gewerbetreibenden den prinzipiellen Vorrang: „Der Grundgedanke des BGH, wonach der Schutz der Intimsphäre des einzelnen Vorrang vor dem wirtschaftlichen Gewinnstreben hat und wirtschaftliche Werbung in diesem Bereich mit Zurückhaltung geübt werden muß, stimmt jedenfalls mit den Wertvorstellungen des Grundgesetzes ... überein.“³⁸

³² Amtliche Leitsätze vgl. GRUR 1973, 552; vgl. dort auch die Güterabwägung zwischen der Werbefreiheit des Anbieters und dem Recht des Nachfragers auf eine ungestörte häusliche Sphäre; der plötzliche Werbestop einer Werbekampagne bzw. die Aussparung eines einzelnen muß dem Werbenden zumutbar sein.

³³ Vgl. dazu statt vieler Lerche, P., Werbung und Verfassung, S. 72 ff.

³⁴ Zu den verfassungsrechtlichen Schranken der Wirtschaftswerbung vgl. Lerche, S. 98 ff.; Faber, H., Innere Geistesfreiheit und suggestive Beeinflussung, S. 2 ff.; Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Art. 2 Abs. 1, Rdz. 11 ff.; Jürgens, I., Verfassungsmäßige Grenzen der Wirtschaftswerbung, Verwaltungsarchiv 1962, 105 ff.; vgl. auch Lehmann, GRUR 1974, 134.

³⁵ Vgl. Lerche, S. 107; a.A. die herrschende Meinung vgl. BVerfGE 7, 405; Leibholz/Rinck, Art. 2, Rdz. 1 ff.

³⁶ Vgl. Schricker/Lehmann, Werbung/Unlauterer Wettbewerb, Rdz. 55; Krüger-Nieland, GRUR 1974, 561; Schade, S. 138 ff.

³⁷ Zur Behandlung des „right of privacy“ in den USA vgl. Grimes, W. S., Telefonwerbung in den USA, GRUR Int. 1971, 392 ff.

³⁸ BVerfG 8.2. 1972, GRUR 1972, 358 (360). Vgl. auch Schricker/Lehmann, Werbung/Unlauterer Wettbewerb, Rdz. 55.

Trotz dieser klaren höchstrichterlich formulierten Grundsätze kann im Einzelfall die Beurteilung von bestimmten Vertragsanbahnungsmaßnahmen unter dem Gesichtspunkt der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der durch sie angesprochenen Abnehmer immer noch schwierig genug sein.³⁹

Als besonders typisches Beispiel soll hier die privatrechtliche Beurteilung der vertragsanbahnenden Bemühungen des unbestellten Vertreters „an der Haustür“ näher erörtert werden. Völpl⁴⁰ und ihm folgend E. v. Hippel⁴¹ sowie Reich/Tonner/Wegener⁴² betrachten schon das Kommen und Klingeln eines unbestellten Vertreters als ein unzulässiges Eindringen in die Privatsphäre, verbunden mit einer unzumutbaren Belästigung, während nach Auffassung von Krüger-Nieland,⁴³ Schade,⁴⁴ v. Falckenstein⁴⁵ und Schricker/Lehmann⁴⁶ gerade aus verfassungsrechtlichen Überlegungen des Bestandsschutzes⁴⁷ für das Hausier- und Reisegewerbe⁴⁸ Bedenken gegen ein absolutes wettbewerbsrechtliches Verbot des unbestellten Vertreterbesuchs bestehen. Durch ein prinzipielles wettbewerbsrechtliches Verbot des Hausierhandels und aller sonstigen modernen Erscheinungen der „Haustürgeschäfte“ würde nicht nur in die Art der Ausübung eines Berufs eingegriffen, sondern ein ganzer Berufsstand mit einem traditionell gewachsenen Berufsbild untersagt werden.

Im konkreten Einzelfall wird man gleichwohl davon ausgehen können, daß das Vorgehen vieler Vertreter an der Haustür als eine Persönlichkeitsrechtsverletzung gegenüber den individuell Umworbenen qualifiziert werden muß;⁴⁹ dies nicht nur in dem sprichwörtlichen Fall, daß der Vertreter den Fuß in die Tür setzt,⁵⁰ oder daß er

³⁹ Vgl. dazu die wettbewerbsrechtlichen Grundsätze der Beurteilung von „belästigenden“ Werbemaßnahmen; s. oben bei Fußn. 11 sowie Baumbach/Hefermehl, § 1 UWG, Rdz. 61 ff.; Schricker/Lehmann, Werbung/Unlauterer Wettbewerb, Rdz. 55 ff. Allgemein zu den Haustürgeschäften, s. oben II.1. bei Fußn. 4.

Vgl. in diesem Zusammenhang auch die interessante aber offensichtlich unzulässige Klage von 10 Frauen gegen die Illustrierte „Stern“, die diese zur Unterlassung der Abbildung von nackten Frauen bewegen wollten, die angeblich so dargestellt waren, als seien sie „männlicher sexueller Lust jederzeit verfügbar“, was für jede Frau eine Verletzung ihrer Ehre und eine persönliche Beleidigung darstellen müsse. Vgl. Der Spiegel, Nr. 27, vom 3. Juli 1978, S. 75 ff.: „System dahinter“; Die Zeit vom 21. Juli 1978, S. 12: „Sexismus. Henri Nannens entscheidende Stellen“. Die Klage wurde abgewiesen; s. dazu Schlosser, P., Polit-show, Sexismus und die überwundene Starrheit der Prozeßrechte, Jura 1979, 20 ff.

⁴⁰ Völpl, F., Ist der Verkauf an der Wohnungstür generell wettbewerbswidrig?, WRP 1973, 63 ff.

⁴¹ E. v. Hippel, Verbraucherschutz, S. 121, Fußn. 42.

⁴² Reich/Tonner/Wegener, Verbraucher und Recht, S. 114 ff.

⁴³ Krüger-Nieland, G., GRUR 1974, 563 ff.

⁴⁴ Schade, S. 137.

⁴⁵ v. Falckenstein, I, Rdz. 103.

⁴⁶ Schricker/Lehmann, Werbung/Unlauterer Wettbewerb, Rdz. 64 ff.; Lehmann, GRUR 1974, 136 ff. Auch der Richtlinienentwurf der EG statuiert grundsätzlich nur ein Widerrufsrecht für alle „Haustürgeschäfte“; vgl. ABL. Nr. C 22/6 vom 29. 1. 1977.

⁴⁷ Vgl. dazu insbesondere Lehmann, GRUR 1974, 135 f.

⁴⁸ Vgl. in diesem Zusammenhang § 55 GewO (Reisegewerbe).

⁴⁹ Vgl. dazu v. Falckenstein, I, Rdz. 103; Schade, S. 137, 140 ff.

⁵⁰ Vgl. Krüger-Nieland, GRUR 1974, 563.

trotz eines Verbots (z. B. „Betteln oder Hausieren verboten“) an der Wohnungstür klingelt, um einen Werbesuch zu machen,⁵¹ sondern auch dann, wenn der Vertreter so belästigend auftritt, daß der Kunde sich förmlich durch einen Geschäftsabschluß von ihm „befreien“ muß.⁵²

Die Möglichkeit Schadensersatz gemäß § 823 Abs. 1 wegen einer Persönlichkeitsrechtsverletzung durch einen aufdringlichen Vertreter an der Haustüre, gleich ob dieser bestellt oder unbestellt gekommen ist, verlangen zu können, erscheint auch deswegen nicht unwichtig, weil trotz mancher Bedenken schließlich auch in dem Richtlinienentwurf der EG zur Regelung von außerhalb von Geschäftsräumen abgeschlossenen Verträgen⁵³ nur ein gesetzliches Widerrufsrecht vorgesehen ist, bezüglich einer möglichen Schadensersatzpflicht jedoch keine Regelung getroffen werden soll.

Neben dieser Fallgruppe des Vertreters an der Haustüre sind jedem, der sich mit dem Wettbewerbsrecht näher befaßt hat, auch noch andere Vertragsanbahnungsmethoden bekannt, die gleichfalls gemäß § 823 Abs. 1 BGB als eine Persönlichkeitsrechtsverletzung des Werbeadressaten betrachtet werden müssen, weil sie direkt darauf abzielen, durch physische oder psychische Zwangseinwirkungen die Konsumentensouveränität, die ökonomische *Entscheidungsfreiheit* eines Endverbrauchers zu beschränken oder gar aufzuheben. Bereits in diesem Versuch liegt ein Verstoß gegen das Persönlichkeitsrecht des Werbeadressaten, weil man diesen als ein „Objekt“ ohne genügende Achtung seiner persönlichen Würde zu behandeln versucht. In einigen Fällen, bei denen man im Wettbewerbsrecht von psychologischem Kaufzwang,⁵⁴ gefühlsbetonter Werbung⁵⁵ oder übermäßigem Anlocken⁵⁶ der Verbrau-

⁵¹ Das Sich-Hinwegsetzen eines Vertreters über den ausdrücklichen Hinweis an der Eingangstüre, keine Werbesuch empfangen zu wollen, ist ein der „Briefwerbung“ (s. oben Fußn. 30) analoger Fall der Verletzung des Persönlichkeitsrechts eines Wohnungsinhabers. Vgl. dazu auch Lehmann, GRUR 1974, 139; Krüger-Nieland, GRUR 1974, 564.

⁵² Vgl. dazu schon OLG Düsseldorf 12. 3. 1930, JW 1931, 175 sowie Lehmann, GRUR 1974, 140; weitere Kriterien s. auch bei Schade, S. 138, 145 ff.

Interessant ist in diesem Zusammenhang auch die von E. Wolf entgegen der h. M. vertretene Ansicht, daß der Schutz der „Freiheit“ in § 823 Abs. 1 die „Entschließungsfreiheit“ betrifft, s. Wolf, Schuldrecht, BT, S. 519 f.; Wolf stellt jedoch die Verletzung der „Entschließungsfreiheit“ als eigenen Tatbestand neben die Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts.

⁵³ Vgl. ABl. Nr. C 22/6 v. 29. 1. 1977 sowie die positive Stellungnahme des Parlaments vom 14. 9. 1977, ABl. Nr. C 291/23 v. 10. 10. 1977; vgl. dort Art. 6 (Widerrufsrecht).

⁵⁴ Vgl. dazu die Darstellung und Kritik bei Lehmann, Werbung mit Geschenken, S. 141 ff.; sowie Bülow, P., Der psychologische Kaufzwang, Dissertation, Frankfurt a. M. 1972, passim; ders., Psychologischer Kaufzwang – ein Schlagwort, GRUR 1971, 64 ff.; ders., Tiefenpsychologie in Werbung und Wettbewerbsrecht, WRP 1971, 299.

⁵⁵ Meydam, I., Sozialrechtliche Tatbestände und Wettbewerbsrecht, GRUR 1970, 399 ff.; Schluep, W., Wirtschaftsrechtliche Aspekte der Werbung durch Appell an das Unbewußte, ZSR Neue Folge, Bd. 91, 1972, 353 ff.; Loewenheim, U., Suggestivwerbung, unlauterer Wettbewerb, Wettbewerbsfreiheit und Verbraucherschutz, GRUR 1975, 99 ff.

⁵⁶ Kritisch dazu Lehmann, M., Die „neue Sachlichkeit“ des BGH im Wettbewerbsrecht, GRUR 1975, 239 ff.; Hoth, J., Übertriebenes Anlocken, GRUR 1974, 547; Schricker/Leh-

cher spricht, ist zugleich neben einem Wettbewerbsverstoß auch eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des mit unlauteren Methoden umworbenen Kunden gegeben; häufig ergibt sich sogar der Wettbewerbsverstoß nur mittelbar aus der Persönlichkeitsverletzung gegenüber dem umworbenen Verbraucher im Zusammenhang mit dem wettbewerbsrechtlichen Gedanken der Erzielung eines unlauteren Vorsprungs durch eine Gesetzesverletzung.⁵⁷

Als Beispiele können hier die BGH-Entscheidungen „Werbewagen“⁵⁸ und „Gewinnübermittlung“⁵⁹ zu § 1 UWG herangezogen werden. In der Entscheidung „Werbewagen“ führte der BGH⁶⁰ z.B. aus: „Diese Wettbewerbssitte (Verbot des Ansprechens von Straßenpassanten, um sie zum Betreten eines Verkaufslokals aufzufordern)⁶¹ findet ihre innere Rechtfertigung in einem angemessenen Schutz der Individualsphäre gegenüber dem wirtschaftlichen Gewinnstreben Dritter. Zumindest bei einem Teil der angesprochenen Passanten entstehen durch das individuelle Ansprechen auf der Straße zu Werbezwecken aus einer gewissen Verlegenheit Hemmungen. Diese lösen wiederum das Gefühl aus, in der Entscheidungsfreiheit beschränkt zu sein und erwecken dadurch ein spürbares Unbehagen und Unlustgefühl; es ist bekannt, daß allein aufgrund dieser gewissen Zwangslagen nicht wenige Menschen veranlaßt werden, diesen Zustand durch eine wirtschaftliche Bindung zu beenden.“

In diesem Zusammenhang muß auch auf Art. 2 GG (allgemeine Handlungsfreiheit) hingewiesen werden. Das Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit verlangt, daß jedem Wirtschaftssubjekt die Möglichkeit offengelassen werden muß, seine ökonomischen Entscheidungen frei, d.h. ohne manipulative Einwirkungsversuche Dritter treffen zu können.⁶² Wird durch bestimmte Werbemethoden die Handlungsfreiheit eingeschränkt, so wird dadurch das Grundrecht der freien ökonomischen Entfaltung der Person verletzt. Niemand darf auch auf wirtschaftlichem Gebiet versuchen, sein Gegenüber gleichsam als Objekt zu behandeln;⁶³ dies verstößt gegen den fundamentalen Achtungsanspruch, der jeder einzelnen Person zugesprochen werden muß.⁶⁴

mann, Wettbewerbsrechtliche Probleme der Sortimentserweiterung und Diversifikation im Fachhandel, WRP 1977, 304ff.

⁵⁷ S. oben bei Fußn. 15 ff. Vgl. umfassend zu diesem Problem Schricker, G., Gesetzesverletzung und Sittenverstoß, S. 25 ff., 260 ff.

⁵⁸ BGH 4. 12. 1964, GRUR 1965, 315. Weitere Beispiele vgl. bei Lehmann, Werbung mit Geschenken, S. 141 ff.; ders., Sales Promotion und unlauterer Wettbewerb. Verbraucherschutz und Sales Promotion, GRUR 1974, 689 ff.

⁵⁹ BGH 22. 9. 1972, GRUR 1973, 81

⁶⁰ GRUR 1965, 316.

⁶¹ Anmerkung des Verfassers.

⁶² Vgl. dazu insbesondere Faber, Innere Geistesfreiheit und suggestive Beeinflussung, S. 128 ff.; Lerche, S. 98 ff., 139 ff.; Schwerdtner, S. 202.

⁶³ Vgl. dazu für das Verhältnis Staat – Bürger, BVerfGE 27, 6 (Behandlung einer Person wie einer Sache).

⁶⁴ Vgl. Schwerdtner, S. 175 ff.; vgl. zur unterschwelligten Werbung s. oben III.9.1.3.1.

Aus diesen Gründen mußte auch eine bestimmte Art der „persönlichen Gewinnübermittlung“ zu Werbezwecken an die Gewinner eines Preisausschreibens durch Verkaufsvertreter wettbewerbsrechtlich untersagt werden: „Es verstößt gegen die Grundsätze des lautereren Wettbewerbs, die Gewinner eines Werbepreisausschreibens durch Verkaufsvertreter aufsuchen zu lassen, wenn dem Gewinner zwar mitgeteilt wird, er könne sich den Preis in bar auszahlen lassen, die Preisüberreichung aber zu einem Verkaufsgespräch genutzt wird, das den Gewinner dazu veranlassen soll, eine Bestellung unter Anrechnung des Gewinns auf den Kaufpreis aufzugeben.“⁶⁵ Bei einem derartigen Sachverhalt ist die Gefahr einer direkten und gezielten zwangsweisen Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit des Umworbenen erfahrungsgemäß besonders groß.

Der Katalog dieser Beispiele könnte noch um bestimmte Fälle der UWG-Rechtsprechung zur belästigenden Werbung gegenüber dem Letztverbraucher verlängert werden;⁶⁶ Quintessenz dieser Wettbewerbsverstöße ist der wettbewerbswidrige Versuch, durch eine physische oder psychische Zwangsausübung die ökonomische Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers einzuschränken oder sogar ganz aufzuheben. Dieses Verhalten eines Werbenden beinhaltet in der Regel neben einem Wettbewerbsverstoß zugleich auch eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts des Werbeadressaten gemäß § 823 Abs. 1 BGB, weil gemäß Art. 1 und 2 Abs. 1 GG der Verbraucher vor jeder körperlichen oder seelischen Zwangseinwirkung durch Wirtschaftswerbung geschützt werden muß.⁶⁷

In Einzelfällen kann diese Feststellung zweifelsohne Schwierigkeiten bereiten, weil sich in der bürgerlich-rechtlichen Rechtsprechung und Literatur noch keine festen Beurteilungsgrundsätze dafür herausgebildet haben.⁶⁸ Dieser Problemkreis ist vor allem in seinem rein bürgerlich-rechtlichen Aspekt der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Werbeadressaten durch Maßnahmen der Vertragsanbahnung noch nicht näher untersucht worden, so daß auch in der Praxis sich dafür im Gegensatz zum Wettbewerbsrecht bislang noch kein ausreichendes Problembewußtsein entwickeln konnte. Das bürgerliche Recht hat diese Möglichkeit der Rechtsverfolgung der umworbenen Nachfrageseite bis zum gegenwärtigen Zeitpunkt noch nicht richtig entdeckt. Neben der erwähnten BGH-Entscheidung „Briefwerbung“⁶⁹ konnten sich zur Beurteilung von Maßnahmen der Wirtschafts-

⁶⁵ BGH 22. 9. 1972, GRUR 1973, 81 (Amtlicher Leitsatz); bei dieser Werbemethode waren jedoch auch noch Täuschungselemente mit im Spiel.

⁶⁶ Vgl. dazu Schricker/Lehmann, Werbung/Unlauterer Wettbewerb, in Handbuch des Verbraucherrechts, Rdz. 55 ff.; Fernández-Nóvoa, Die belästigende Werbung, GRUR Int. 1973, 436 ff.; Krüger-Nieland, Persönlichkeitsschutz im Wettbewerbsrecht, GRUR 1974, 561 ff.; Baumbach/Hefermehl, § 1 UWG, Rdz. 44 ff.

⁶⁷ Schricker/Lehmann, a. a. O.

⁶⁸ Abgrenzungsschwierigkeiten werden sich vor allem bei den sog. Suggestivwerbemethoden ergeben; vgl. Fikentscher, S. 641; nicht alles, was z. B. Thiedig, K., Suggestivwerbung und Verbraucherschutz als Suggestivwerbung bezeichnet, ist eine Persönlichkeitsrechtsverletzung; vgl. dazu auch Baudenbacher, C., Suggestivwerbung und Lauterkeitsrecht, Zürich 1978, S. 161 ff. sowie dazu meine Buchbesprechung, GRUR Int. 1979, 584 f.

⁶⁹ S. oben Fußn. 30.

werbung als Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Werbeadressaten bis zum gegenwärtigen Zeitpunkt noch keine gesicherten Grundsätze in Literatur oder Rechtsprechung entwickeln.

Als Beurteilungsgrundsätze für eine Persönlichkeitsrechtsverletzung des Werbeadressaten gemäß § 823 Abs. 1 BGB durch Wirtschaftswerbung können dabei in Anlehnung an die vom Wettbewerbsrecht in Rechtsprechung und Lehre entwickelten Maßstäbe festgehalten werden: Eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Werbeadressaten ist gegeben, wenn auf den Umworbenen ein physischer oder psychischer Zwang durch Werbemaßnahmen ausgeübt wird, durch den dessen ökonomische Entscheidungsfreiheit beeinträchtigt oder sogar aufgehoben werden soll. Typische Beispiele sind dafür die Herbeiführung einer körperlichen Zwangslage, aus der ein durchschnittlicher Nachfrager sich nur durch einen Vertragsschluß befreien kann: Kunden werden z.B. in einen Werbewagen oder eine „Ausstellung“ gelockt und dort von Abschlußvertretern persönlich so massiv zu einem Vertragsschluß gedrängt, daß eine freie Entschlußfassung nach der Lebenserfahrung praktisch ausgeschlossen werden muß. Gleiches gilt für jedes zu weite Eindringen von Wirtschaftswerbung in die häusliche Privat- oder persönliche Intimsphäre.

Jeder Umworbene muß darüber hinaus in jedem Fall des Versuchs einer Vertragsanbahnung sofort erkennen können, daß jemand ihn werblich beeinflusst oder beeinflussen will, und es muß ihm eine zumutbare und nach der allgemeinen Lebenserfahrung nicht allzu schwierige Möglichkeit offenstehen und vom Werbenden auch offengelassen werden, sich sofort diesem Einfluß wieder entziehen zu können.⁷⁰ Äußert ein umworbener Nachfrager, gleich auf welche Art und Weise, daß er eine werbliche Beeinflussung nicht wünscht, so ist diese Entscheidung vom Werbenden prinzipiell in jedem Fall zu respektieren; in den Grenzen der Zumutbarkeit ist die Werbung künftig zu unterlassen. Eine völlige Nichtbeachtung eines derartigen Widerspruchs ist eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des die werbliche Beeinflussung ablehnenden Umworbenen.⁷¹

Die Rechtswidrigkeit⁷² dieses Verhaltens ergibt sich aus der Abwägung der sich gegenüberstehenden Interessen. Der Schutz der persönlichen Privatsphäre und der ökonomischen Entscheidungsfreiheit des einzelnen hat, wie verfassungsrechtlich bestätigt,⁷³ Vorrang vor jedem wirtschaftlichen Gewinnstreben und jeder Beeinflussung durch Wirtschaftswerbung. Dies entspricht den Wertvorstellungen des Grundgesetzes⁷⁴ und korrespondiert mit fundamentalen ökonomischen Grundsätzen der

⁷⁰ Lehmann, GRUR 1974, 138.

⁷¹ BGH 16. 2. 1973, GRUR 1973, 552; der Werbestop muß für den Anbieter zumutbar sein; vgl. auch Lerche, S. 148: „Recht nicht zu hören.“

⁷² Die Rechtswidrigkeit einer allgemeinen Persönlichkeitsrechtsverletzung wird bei § 823 BGB nicht durch die Begehung der Verletzungshandlung indiziert. Es bedarf einer gesonderten Güterabwägung; vgl. Fikentscher, S. 641; Palandt/Thomas, § 823 Anm. 15, B.

⁷³ S. oben bei Fußn. 38.

⁷⁴ BVerfG 8. 2. 1972, GRUR 1972, 360; Schricker/Lehmann, Werbung/Unlauterer Wettbewerb, Rdz. 50.

Marktwirtschaft.⁷⁵ Die ökonomischen Entscheidungen der Nachfrageseite sollen so weit wie dies faktisch möglich ist, autonom getroffen werden. Daher muß auch das bürgerliche Recht diesen Bereich der ökonomischen Entscheidungsfreiheit des Nachfragers besonders schützen; es dient damit der Stabilisierung unserer dezentralisiert, d.h. zumindest auch durch den Bedarf der Nachfrager gesteuerten Wirtschaftsordnung.

Das erforderliche Verschulden der Handelnden auf der Angebotsseite ist bei Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der Umworbenen in der Regel evident. In vielen Fällen erfolgen diese Beeinflussungsversuche sogar vorsätzlich; der Werbende will den Abnehmer in eine Zwangslage manövrieren, um ihn zu einem Geschäftsabschluß bewegen zu können. Die vielen „unkomplizierten“ Stornierungen bei Haustürgeschäften,⁷⁶ deuten auch auf ein klares Unrechtsbewußtsein der Anbieter hin. Viele Anbieter wissen, daß die z.B. von Vertretern verwendeten Vertragsanbahnungsmethoden „an der Haustür“ nicht immer zweifelsfrei sind. Deswegen werden auch häufig in der Praxis die Provisionsauszahlungen an die Werber von der Gültigkeit und Aufrechterhaltung von „an der Haustür“ getroffenen vertraglichen Vereinbarungen abhängig gemacht; manchmal wird dabei schon von vornherein von einer „Sprungquote“ von 50% ausgegangen.⁷⁷

Als Schadensersatz kann der Umworbene im Falle der Verletzung seines Persönlichkeitsrechts den Ersatz jedes dadurch kausal ihm entstandenen unmittelbaren oder mittelbaren Schadens,⁷⁸ also auch der Schäden, die bei Dritten, nicht nur beim Käufer selbst entstanden sind, verlangen. Auf jeden Fall kann er aber auch gemäß § 249 BGB die Freistellung von dem unter Zwangseinwirkungen abgeschlossenen Vertrag und den Ersatz seiner unnützen Aufwendungen für diesen Geschäftsabschluß begehren. Der Umworbene ist so zu stellen, wie er vermögensmäßig ohne Beeinträchtigungen seines Persönlichkeitsrechts stünde. Außerdem kann er entsprechend gesicherter Rechtsgrundsätze zur Sanktion von Persönlichkeitsrechtsverletzungen zusätzlich noch Geldersatz für den immateriellen Schaden der zwangsweisen Beschränkung seiner Konsumentensouveränität verlangen.⁷⁹ Als Bemessungs-

⁷⁵ Vgl. statt vieler Jeschke, D., Konsumentensouveränität in der Marktwirtschaft – Idee, Kritik, Realität, S. 15 ff.; kritisch Menge, W., Der verkaufte Käufer, S. 141 ff.; Donner, W., Mythos und Möglichkeit einer Konsumentensouveränität, in Gewerkschaftliche Monatshefte, Heft 4, 1953, S. 658; s. oben I.3.

⁷⁶ Vgl. v. Falckenstein, I, Rdz. 120 ff., 122, 124. Zum Erfordernis eines schweren Verschuldens vgl. Larenz, Schuldrecht, BT, S. 555, 558.

⁷⁷ Vgl. v. Falckenstein, I, Rdz. 103 f., S. 101.

⁷⁸ Zur Problematik des Vorliegens eines vermögenswirksamen Schadens aufgrund der Eingehung einer vertraglichen Bindung, s. unten bei Fußn. 82 ff.; hier geht es um einen immateriellen Schaden, bewirkt durch eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts; der Verletzte muß im Rahmen der Naturalrestitution zumindest auch so gestellt werden, wie wenn eine Verletzungshandlung nicht vorgekommen wäre. In diesem Fall wäre es regelmäßig nicht zu einem Vertragsabschluß gekommen. Deswegen kann zumindest eine Freistellung vom Vertrag verlangt werden.

⁷⁹ Vgl. dazu insbesondere Ehlers, S. 25 ff., 260 ff.; Schwerdtner, S. 251 ff.

grundlage hierfür wird man die objektive Schwere der Persönlichkeitsrechtsverletzung heranziehen müssen.⁸⁰ Präzedenzfälle sind hierzu, soweit ersichtlich, bedauerlicherweise noch nicht entschieden worden. Es fehlt in der Praxis offenbar an genügend schwerwiegenden Eingriffen, die den Verletzten zu einem gerichtlichen Vorgehen zur Verfolgung von Rechtsverstößen veranlassen würde.

Keine rechtliche Handhabe bietet § 823 Abs. 1 jedoch dann, wenn es sich um Werbemaßnahmen handelt, die keinen Zwang ausüben. Eine irreführende Werbeanzeige in einer Zeitung stellt z. B. keine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts eines bestimmten Umworbenen dar. Hier liegen die Grenzen der Möglichkeit mit § 823 Abs. 1 unter dem Gesichtspunkt einer Persönlichkeitsrechtsverletzung, die Rechtsposition der Abnehmer gegenüber vertragsanbahnenden Werbemaßnahmen der Angebotsseite verbessern zu können. Für § 823 Abs. 1 bedarf es einer konkreten Verletzungshandlung, die sich gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht einer oder mehrerer Personen richtet und diese gezielt, durch Ausübung eines physischen oder psychischen Zwangs, in ihrer ökonomischen Entscheidungsfreiheit einengt oder zumindest einzuengen versucht.

Im Fall einer Falschinformation durch irreführende Werbeangaben, z. B. in Katalogen oder Werbeanzeigen, trifft der Verbraucher demgegenüber seine wirtschaftlichen Entscheidungen frei; nur die Informationen, die ihm von der Angebotsseite übermittelt wurden, sind als Entscheidungsgrundlage unrichtig. Der Versuch eines Angriffs auf seine Konsumentensouveränität im Sinne einer sein allgemeines Persönlichkeitsrecht verletzenden Zwangseinwirkung liegt nicht vor.⁸¹ § 823 Abs. 1 BGB kann in diesen Fällen nicht als Anspruchsgrundlage herangezogen werden.

9.1.4. Exkurs: Bindung an einen ex post unerwünschten Kaufvertrag als ein Vermögensschaden

Vertragsanbahnende Verletzungshandlungen müssen, damit ein Anspruch auf Schadensersatz eröffnet sein kann, einen Schaden des Nachfragers herbeiführen. Häufig bewirken z. B. irreführende Werbeangaben nur die Umleitung von Kunden oder den Abschluß eines ungünstigen Kaufvertrags; in diesem Fall sprachen wir bislang von einem reinen Vertragsschaden.⁸² Zu prüfen ist daher, ob die Bindung an einen Kaufvertrag, der z. B. durch irreführende Werbeangaben angebahnt worden ist, deliktsrechtlich als ein Schaden betrachtet werden kann.⁸³ Die Erfüllung eines

⁸⁰ Vgl. Ehlers, S. 264 ff.; Schwerdtner, S. 306 f.; Palandt/Thomas, § 823 Anm. 15, F.

⁸¹ Verdeutlichen läßt sich dieser Unterschied anhand der strafrechtlichen Differenzierung zwischen Betrug und Erpressung. Auch im Fall des § 263 StGB handelt der Verfügende im Gegensatz zu § 253 StGB frei. Eine Nötigung im Sinne der Ausübung eines Zwangs zu einem nicht gewollten Verhalten liegt nicht vor. Vgl. zu dieser Abgrenzung Lackner, StGB, 11. Aufl., § 253 Anm. 1, 8; § 240 Anm. 2.

⁸² S. oben I.4; s. auch Brandner, H. E., Abnehmerschutz im Wettbewerbsrecht, in Festschrift für R. Fischer, Berlin 1979, S. 19 ff. (24), Brandner spricht hier von einem „Vertragsabschlußschaden“.

⁸³ Diese Feststellung ist nicht nur wegen § 823 Abs. 2 in Verbindung mit einem Schutzgesetz

Kaufvertrags durch die Bezahlung des Kaufpreises seitens des Käufers, stellt eine Minderung des diesem zur Disposition stehenden Geldvermögens dar.⁸⁴ Als Gegenleistung erhält der Käufer eine – häufig ex post unerwünschte – Kaufsache, so daß das Vorliegen eines Schadens von der Bestimmung des in diesem Zusammenhang zur Anwendung kommenden Begriffs des Vermögensschadens abhängt.⁸⁵

9.1.4.1. Objektive Differenz zwischen Leistung und Gegenleistung

Relativ unproblematisch ist der Fall, daß mittels der Werbeangaben einer Ware Produkteigenschaften zugesprochen werden, die diese nicht hat, obwohl der dafür entsprechende Preis verlangt wird; ein teurer, „schottischer Markenwhisky“ ist in Wahrheit ein in Deutschland hergestelltes Produkt,⁸⁶ ein hochpreisiger „Silber“-Leuchter ist nur ein verchromter Kerzenhalter, ein „benzinsparender Zündverstärker“ ist absolut funktionsuntauglich.⁸⁷ In diesen Fällen bewirken irreführende Werbeangaben die Durchführung von Austauschvorgängen, durch welche ein schon mit der Differenzschadens Theorie Mommsens,⁸⁸ des Vaters der Lehre vom Schaden als Interesse,⁸⁹ erfaßbarer Vermögensschaden hervorgerufen wird. Der Käufer erhält als Vermögenszugang nicht das, was ihm als Gegenleistung für die Hingabe seiner

bzw. für §§ 824, 826 relevant, sondern könnte auch für § 823 Abs. 1 Bedeutung erlangen, wenn der Gesetzgeber sich im Rahmen einer Gesamtreform des Deliktsrechts dazu entschließen könnte, auch reine Vermögensschäden unter bestimmten Umständen zu sanktionieren. Außerdem spielt der Schadensbegriff auch für den weiteren Fortgang unserer Untersuchung in Zusammenhang mit § 249 bzw. § 122 (negatives Interesse) eine wichtige Rolle.

⁸⁴ S. oben bei Fußn. 7.

⁸⁵ Zum Begriff des privatrechtlichen Vermögensschadens in der jüngeren Literatur s. Stoll, H. Begriff und Grenzen des Vermögensschadens, S. 5 ff.; Keuk, B., Vermögensschaden und Interesse, S. 9 ff.; Mertens, H.-J., Der Begriff des Vermögensschadens im Bürgerlichen Recht, S. 17 ff., 130 f.; Zeuner, A., Schadensbegriff und Ersatz von Vermögensschäden, AcP 163 (1963) S. 380 ff.; Köndgen, J., Ökonomische Aspekte des Schadensproblems. Bemerkungen zur Kommerzialisierungsmethode des Bundesgerichtshofs, AcP 177 (1977) S. 1 ff.; Baur, F., Einige Bemerkungen zum Stand des Schadensausgleichsrechts, in Festschrift für L. Raiser, 1974, S. 119 ff.; Lange, H., Schadensersatz, S. 17 ff. jeweils mit umfangreichen Hinweisen auf Rechtsprechung und Literatur. Keiner dieser theoretischen Ansätze befaßt sich aber speziell mit unserer im folgenden noch näher erörterten Problematik des Austausches wertentsprechender Güter infolge z. B. irreführender Werbeangaben. Vgl. in diesem Zusammenhang auch Medicus, D., Normativer Schaden, JuS 1979, 233 ff.

Zur strafrechtlichen Problematik des Begriffs des Vermögensschadens s. Lampe, E.-J., Strafrechtliche Aspekte der „Unterschrifterschleichung“ durch Provisionsvertreter, NJW 1978, 679 ff.; Schönfeld, F., Interessenverletzung und Betrugsschaden, JZ 1964, 206 ff.; Lenckner, Th., Vertragswert und Vermögensschaden beim Betrug des Verkäufers, MDR 1961, 652 ff.

⁸⁶ Die „Whisky-Beispiele“ spielen auch bei der Bemessung des Schadensersatzes im Rahmen der UWG-Novelle eine Rolle, s. Krieger, A., Zum Schadensersatzanspruch des Verbrauchers bei irreführender Werbung, BB 1978 625 ff. (627); Schricker, G., Zur Reform des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb. Schadensersatzansprüche der Abnehmer und Rücktritt von Vertrag bei irreführender und unlauterer Werbung, GRUR 1979, 1 ff. (3).

⁸⁷ S. oben III. 8. bei Fußn. 118.

⁸⁸ Mommsen, F., Zur Lehre von dem Interesse, Beiträge zum Obligationsrecht, S. 3 ff.

⁸⁹ Zeuner, AcP 163 (1963), 383.

Geldmittel angekündigt worden ist; das objektive Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung ist nicht gewahrt. Gleiches gilt auch für den Fall, wenn der Austausch noch nicht vollzogen, ein Kaufvertrag aber bereits schon abgeschlossen ist. Hier liegt die Vermögensbeschädigung in der Belastung des Vermögens des Käufers mit einer Verbindlichkeit, der kein objektiv äquivalenter Gegenwert gegenübersteht.⁹⁰ Als Beispiel kann aus der Rechtsprechung zu § 823 hier eine Entscheidung des OLG Köln zum Verkauf von falschen „Omega“-Uhren dienen.⁹¹ Dem Kläger waren von einem Uhrengroßhändler drei Uhren verkauft worden, die auf dem Zifferblatt das Warenzeichen „Omega“ trugen. Unstreitig handelte es sich jedoch um Uhren, die nicht komplett in dem bekannten Schweizer Uhrenwerk Omega hergestellt, sondern mit Gehäusen aus unbekannter italienischer Herkunft versehen worden waren. Der Beklagte wußte von diesem Umstand. Das Gericht gab der Klage statt.⁹² Die gleiche Auffassung wird auch von der strafrechtlichen Rechtsprechung zu § 263 StGB vertreten, die in einer Art Gesamtsaldierung der erbrachten mit der empfangenen Leistung entweder durch den Vollzug des Güterausstausches (Erfüllungsbetrug)⁹³ oder durch einen Vergleich der sich gegenüberstehenden schuldrechtlichen Ansprüche (Eingehungsbetrug)⁹⁴ die Entstehung eines Vermögensschadens prüft.⁹⁵

9.1.4.2. Minderwertige Ware zum dafür marktüblichen Preis

Wesentlich problematischer ist die Feststellung des Vorliegens eines Vermögensschadens, wenn mit irreführenden Werbeangaben der Absatz von – relativ zu den Werbeangaben – minderwertigen Waren jedoch zu einem marktüblichen, wertent-

⁹⁰ Mertens, S. 162 f.

⁹¹ OLG Köln 2. 11. 1971, NJW 1972, 497.

⁹² A. a. O., NJW 1972, 498; vgl. in diesem Zusammenhang auch RGSt 16, 1 (10); 23, 430; 49, 21.

⁹³ RGSt 16, 3; 71, 304; BGHSt 16, 220 (speziell zum Schaden beim Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft); BGHSt 8, 46 (Hopfen aus anderem Anbaugebiet); 23, 300 (302); BGH 29. 10. 1959, NJW 1960, 237 (Ersatzansprüche des Käufers bei Vorspiegelung von Eigenschaften). Zur strafrechtlichen Literatur s. oben Fußn. 85 am Ende.

⁹⁴ BGHSt 15, 24; 16, 367; BGH 26. 3. 1953, NJW 1953, 836.

⁹⁵ Zur grundsätzlichen Verwendbarkeit des strafrechtlichen Vermögensbegriffs im Privatrecht s. Martens, S. 130 ff., 133: „In der weitaus überwiegenden Mehrzahl der Fälle besteht Grund zur Annahme, daß die durch das Strafrecht der Vermögensdelikte gesicherten Interessenpositionen auch den zivilrechtlichen Ausgleichsschutz unterliegen sollen. In diesem Zusammenhang ist auf die Verklammerung des Strafrechts der Vermögensdelikte und des Schadensersatzrechts in § 823 Abs. 2 BGB hinzuweisen . . . Im Zivilrecht sind bisher soweit ersichtlich auch keine Stimmen laut geworden, die eine Differenzierung zwischen einem straf- und einem schadensrechtlichen Begriff des Vermögensschadens für nötig hielten.“

Weil § 823 Abs. 1 nicht unmittelbar das Vermögen eines Geschädigten schützt, ist die strafrechtliche Doktrin zu § 263 StGB für unsere Fragestellung wesentlich sensibilisierter, wie dies z. B. die Entwicklung der Theorie zur Vermögensgefährdung und zum subjektiv-wirtschaftlichen bzw. persönlichen Schadenseinschlag zeigt; vgl. dazu ursprünglich BGH, GA 1962, 213; dagegen BGH 16. 7. 1970, NJW 1970, 1932 (Vermögensgefährdung auch bei sofortiger Stornierung eines Zeitschriftenabonnements).

sprechenden Preis angeboten wird: Ein als „Scotch Whisky“ angepriesenes deutsches Destillat wird nicht zum Preis eines echten schottischen Whiskys, sondern zu einem Preis vertrieben, der für deutschen Whisky angemessen ist. Vorgetauscht wird also nur das Vorliegen eines Sonderangebots bezüglich eines ausländischen, üblicherweise wesentlich teurer angebotenen Produkts.⁹⁶

Wollte man es auch in diesem Fall zur Schadensfeststellung bei einer rein objektiven Gegenüberstellung der ausgetauschten Vermögenswerte belassen, ließe sich keine Vermögenseinbuße des Käufers und somit auch nicht das Vorliegen eines individuellen Schadens feststellen; der wettbewerbsschädliche Faktor einer Kundenumleitung mit unlauteren Methoden ist in diesem Zusammenhang irrelevant. Der Käufer erhält für sein Geld einen marktüblichen Gegenwert in der Form einer preislich regulär kalkulierten Ware; er hat zwar kein Verlustgeschäft gemacht, aber die in der Werbung angekündigte günstige Einkaufsgelegenheit wurde ihm auch nicht gewährt. Der Käufer wollte einen besonders preisgünstigen schottischen Whisky kaufen, nicht aber nur ein deutsches Erzeugnis mit einer üblichen Preisstellung. Ökonomisch betrachtet wurde aber seine Verfügungsmöglichkeit über Geldmittel, seine monetäre Dispositionsfreiheit durch eine Täuschung verkürzt; dem Käufer steht nach Vollzug dieses Austauschgeschäfts ein geringeres Geldvolumen zur freien Verfügung; zu prüfen ist daher, ob auch diese Situation als ein Schaden qualifiziert werden kann.

Konkrete Ansätze zur Lösung dieses Problems lassen sich in erster Linie in der strafrechtlichen Rechtsprechung zu § 263 StGB finden; das Zivilrecht hat sich bislang, wenn überhaupt, so nur aufgrund wettbewerbsrechtlicher Überlegungen mit dieser speziellen Fragestellung befaßt.⁹⁷

Aus strafrechtlicher Sicht hat der BGH mit gewissen Einschränkungen grundsätzlich bejaht, daß ein Käufer trotz der Gleichwertigkeit von hingebener Leistung und empfangener Gegenleistung in seinem Vermögen geschädigt sein kann.⁹⁸ Ein

⁹⁶ Zu diesem Beispiel s. Krieger, A., BB 1978, 627; Schricker, GRUR 1979, 4; vgl. auch BGHZ 53, 144 (Kein Schaden trotz Tachostandveränderung bei einem Pkw).

⁹⁷ Zu diesem Problem s. Schricker, GRUR 1975, 111ff.; ders., GRUR 1979, S. 2f.; ders., ZRP 1975, 193f.; Sack, Folgeverträge, S. 6ff., 33; ders., Schadensersatzansprüche wettbewerbsgeschädigter Verbraucher nach deutschem und österreichischem Wettbewerbs- und Deliktsrecht, S. 113; v. Falckenstein, I, Rdz. 103; II, Rdz. 36ff. (40); Krieger, BB 1978, 627; Stein, A., Die Verbraucheransprüche und ihre Geltendmachung durch Verbraucherverbände nach der UWG-Novelle, ZVP 1979, 29ff.; Tilmann W., Stellungnahme zu Steins Beitrag, ZVP 1979, 40ff.; Schade, S. 19ff., (27); s. auch meine Bemerkungen GRUR 1979, 587 bei Fußn. 55.

Zweifelnd Reich, N., Die gerichtlichen und außergerichtlichen Schutzmöglichkeiten des Verbrauchers im Recht der Bundesrepublik Deutschland, in Kolloquium, Montpellier 1975, S. 223ff., 247; Reich/Tonner/Wegener, Verbraucher und Recht, S. 250.

Vgl. auch in diesem Zusammenhang Lampe, NJW 1978, 680 zur strafrechtlichen Problematik des Vermögensschadens.

⁹⁸ BGH 18. 7. 1961, NJW 1961, 1876 (Baumwollhosen); vgl. in diesem Zusammenhang auch BGH 16. 7. 1970, NJW 1970, 1932 (Betrug trotz Stornierungsabsicht des Verlags); KG Berlin 15. 4. 1971, JR 1972, 28 (Vermögensschaden, wenn der Getäuschte sich den Erwerb nicht „leisten“ kann); vgl. dazu auch BGHSt 16, 321 (325f.) (Verkürzung der für die persönlichen

Textilhändler hatte Baumwollhosen „aus reiner Wolle“ zu einem besonders günstigen Preis angeboten; in Wahrheit handelte es sich jedoch um zellwollene Gabardinehosen, die zu einem damals allgemein marktüblichen Preis abgegeben wurden. Der BGH führte dazu aus:

„Daher kann der Käufer einer Sache, sofern Umstände dieser Art gegeben sind, trotz Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung geschädigt sein. Auch dabei entscheidet jedoch nicht die persönliche Einschätzung des Betroffenen, sondern das vernünftige Ur. eines unbeteiligten Dritten.

...
Danach wird zwar regelmäßig betrügerisch geschädigt sein, wer eine Sache auf die falsche Zusicherung einer bestimmten Eigenschaft hin käuflich erwirbt. Denn gewöhnlich wird die Sache, wenn ihr die zugesicherte Eigenschaft fehlt, in ihrer Brauchbarkeit und demgemäß in ihrem wirtschaftlichen Wert für ihn gemindert oder gar unwendbar und deshalb überhaupt wertlos sein. Das kann selbst dann zutreffen, wenn die Sache in ihrer tatsächlichen Beschaffenheit, ohne die zugesicherte Eigenschaft, ihren Preis wert ist. Dann müssen aber besondere Gründe für eine solche Annahme gegeben sein. Schlechthin und unter allen Umständen, allein deswegen, weil der gekauften Sache eine vom Verkäufer betrügerisch zugesicherte Eigenschaft fehlt, kann der Käufer nicht als geschädigt angesehen werden, sofern die Sache ohne die zugesicherte Eigenschaft einen Wert hat, der dem Kaufpreis entspricht.“⁹⁹

Ähnlich hat der BGH auch in einem Fall der Lieferung von Kohlenschlamm anstatt der vereinbarten Feinkohle argumentiert: „Da N nach dem Hinweis des Vertreters G gerade Feinkohle benötigte, also offensichtlich für andere Ware keine Verwendung hatte, stellte der Kohlenschlamm auch, selbst wenn der Kaufpreis für diesen angemessen war, keine vollwertige Gegenleistung dar.“¹⁰⁰ Auch das OLG Köln hat in dem bereits schon erwähnten Fall des Verkaufs unechter Omega-Uhren ausgeführt: „Hierdurch hat der Beklagte dem Kläger zumindest mit bedingtem Vorsatz einen Schaden zugefügt, und zwar selbst dann, wenn die Uhren tatsächlich objektiv den vom Kläger gezahlten Preis wert gewesen wären.“¹⁰¹

Unstreitig anzuerkennen ist das Vorliegen eines Vermögensschadens bei derartigen „objektiv gleichwertigen“ Austauschvorgängen, wenn bestimmte persönliche Umstände seitens des Käufers gegeben sind. Wird. z.B. ein Käufer durch unwahre Vorspiegelungen eines Vertreters dazu verleitet, eine für seine persönlichen Zwecke unbrauchbare Zeitschrift zu bestellen, die für ihn aufgrund seiner individuellen Verhältnisse und seines Bildungsstandes wertlos ist, ist nach Auffassung des BGH¹⁰²

Verhältnisse und eine angemessene Lebensführung unerläßlichen Geldmittel); vgl. außerdem OLG Hamm 18. 12. 1964, NJW 1965, 702; OLG Düsseldorf 28. 6. 1974, NJW 1974, 1833; OLG Köln 18. 9. 1973, MDR 1974, 157; s. auch Lampe, NJW 1978, 679 ff.

⁹⁹ NJW 1961, 1877.

¹⁰⁰ BGH 26. 3. 1953, NJW 1953, 836.

¹⁰¹ OLG Köln 2. 11. 1971, NJW 1972, 497; s. oben Fußn. 91.

¹⁰² BGH 16. 7. 1970, NJW 1970, 1932 mit Anmerkung von Graba, H.-U., NJW 1970, 2221 f.

Zu unterscheiden sind davon die noch einfacher gelagerten Fälle des Vorliegens eines subjektiv-konkreten individuellen Schadens, s. BGHSt 16, 220 (Melkmaschinenfall); hier fehlt sogar die Stornierungsbereitschaft des Verkäufers; vgl. auch OLG Köln 27. 1. 1976, NJW 1976, 1222 (Verkauf eines Lexikons an Ungebildete).

strafrechtlich eine Vermögensbeschädigung auch dann gegeben, wenn der Verkäufer von vornherein bereit war, auch schon auf eine bloße Beanstandung des Bestellers hin, den Vertrag sofort zu stornieren. Der BGH führte dazu aus:

„Bei der hier zu beurteilenden Sachlage darf indes die Besonderheit nicht außer acht gelassen werden, daß der Inhaber der Lieferfirma auf eine bloße Beanstandung des Bestellers den Vertrag in jedem Fall ohne weiteres als nicht zustande gekommen behandelt. Durch diesen dem Besteller allerdings zunächst unbekannten Umstand unterscheidet sich der hier zu beurteilende Fall wesentlich von dem Normalfall. Rein objektiv geht hier der Besteller kein Risiko ein. Ein über eine Vermögensgefährdung hinausgehender Vermögensschaden tritt nicht ein, wenn der Besteller nach der Lieferung des bestellten Gegenstandes, ehe er selbst den Vertrag ganz oder teilweise erfüllt hat, die Unbrauchbarkeit des Gegenstandes erkennt, dem Lieferanten gegenüber geltend macht und dieser daraufhin ohne weiteres den Vertrag storniert.

Die Frage ist daher in einem Falle der hier zu erörternden Art die, ob trotz dieser Besonderheit durch den Abschluß des Bestellungsvertrages das Vermögen des Bestellers bereits in einer Weise gefährdet worden ist, daß dies bei einer lebensnahen und daher nicht einseitig dogmatisch-zivilrechtlichen, sondern weitgehend wirtschaftlichen Betrachtungsweise einer Wertminderung und damit einer Schädigung des Vermögens gleichkommt. Das muß bejaht werden.

Es ist zunächst im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses, auf den es allein ankommt, ungewiß, ob der getäuschte Besteller nach der Lieferung des Gegenstandes, ehe er seine Gegenleistung ganz oder teilweise erbringt, die den Vertragsabreden entgegenstehende Unbrauchbarkeit für seine Zwecke erkennt. Ebenso ungewiß ist es, ob der Besteller, der ja die Bereitschaft des Firmeninhabers zur Stornierung auf bloße Beanstandung hin nicht kennt, nach dem Erkennen der Unbrauchbarkeit des gelieferten Gegenstandes aus irgendwelchen Gründen von der Erhebung einer Beanstandung absehen und also zur Zahlung des Kaufpreises genötigt sein wird. Das hängt von vielen Umständen ab, über die sich niemals im voraus etwas Bestimmtes sagen läßt; von Bedeutung können insoweit sein die Geschäftsgewandtheit oder die Unerfahrenheit des Bestellers, der Grad seines Ärgers über die Übertölpelung, seine Neigung zur Bequemlichkeit oder sein Wille, sich keine unlauteren Methoden gefallen zu lassen, die Bedeutung des Kaufpreises für seine Vermögensverhältnisse usw. Für den Vertreter, dessen Täuschungshandlungen auf den Abschluß des Vertrages und auf seine Erfüllung angelegt waren, stellt das alles einen Zufall dar; er hat in jedem Falle den Besteller der naheliegenden Gefahr ausgesetzt, daß er den Vertrag erfüllen und also einen Vermögensschaden (Zahlung des Kaufpreises für eine für ihn nutzlose, unbrauchbare Sache) erleiden wird. Diese Gefahr – die Vermögensgefährdung – muß nach lebensnahen, wirtschaftlichen Gesichtspunkten bereits einer Schädigung des Vermögens gleichgesetzt werden.“¹⁰³

Diese Aufführungen zeigen, daß der BGH schon die mit dem objektiven Versuch einer Vermögensbeschädigung verbundene Vermögensgefährdung als einen Vermögensschaden im Sinne des § 263 StGB betrachtet, weil zumindest aus der Sicht des Bestellers die rückwirkende Annullierung des Kaufvertrags durch eine sofortige Stornierung der Bestellung nicht vorhersehbar ist. Bereits mit Abschluß des Kaufvertrags ist, ohne Berücksichtigung eines evtl. aufgrund der verübten Täuschung möglichen Anfechtungsrechts oder Rückgewähranspruchs,¹⁰⁴ ein Vermögensschaden entstanden.

Gleiches gilt, wenn ein minderjähriger Käufer, der noch ohne Einkommen oder

¹⁰³ BGH 16. 7. 1970, NJW 1970, 1932; s. auch OLG Hamm, NJW 1965, 702 (Blitzschutz-Fall); KG Berlin, JR 1972, 29.

¹⁰⁴ BGHSt 23. 300 (302).

Vermögen ist, trotz Gleichwertigkeit der Gegenleistung mit einer erheblichen Forderung belastet wird. Einer 13-jährigen Schülerin und deren Mutter war von einem Vertreter vorgespiegelt worden, daß erstere in einem Preisausschreiben DM 2000 gewonnen habe und sich diese bar auszahlen lassen könne; der Vertreter nutzte aber den günstigen Moment der „Preisverteilung“, die Gewinnerin zu einer Bestellung von Wäsche im Wert von DM 1115 zu bewegen.¹⁰⁵ Das Bayerische Oberste Landesgericht führte in seiner Urteilsbegründung dazu aus: „Es liegt auf der Linie der bisherigen Rechtsprechung des RG und des BGH, tunlichst in allen strafwürdigen Fällen das durch Täuschung herbeigeführte übermäßige Opfer an wirtschaftlicher Bewegungsfreiheit wegen seiner nachteiligen Wirkung auf die Vermögensbewertung als Vermögenseinbuße anzuerkennen.“¹⁰⁶

Andererseits kann nach Auffassung der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht in jedem Fall der Erschleichung einer Unterschrift unter eine Bestellung ein Vermögensschaden allein schon deswegen einfach bejaht werden, weil der Getäuschte in Wahrheit nichts bestellen wollte.¹⁰⁷ Ein reiner Eingriff in die wirtschaftliche Dispositionsfreiheit des Umworbenen ohne eine Vermögensbeschädigung kann strafrechtlich nur von § 240 StGB (Nötigung), nicht aber vom Betrugstatbestand erfaßt werden, weil beim Betrug als einem kupierten Erfolgsdelikt das geschützte Rechtsgut ausschließlich das Vermögen ist, nicht aber die Redlichkeit im Geschäftsverkehr oder die Dispositionsfreiheit des Getäuschten als solche.¹⁰⁸

Diese strafrechtliche Rechtsprechung¹⁰⁹ kann jedoch nicht ohne weiteres bei einem ex post unerwünschten Abschluß eines Kaufvertrags und dem Austausch zumindest objektiv gleichwertiger Leistungen zur Begründung des Vorliegens eines bürgerlich-rechtlichen Vermögensschadens herangezogen werden. Rein zivilrechtlich wird nämlich die Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Dispositionsfreiheit grundsätzlich nur als ein immaterieller Schaden qualifiziert.¹¹⁰ Unter Heranziehung des vor allem von Larenz früher besonders favorisierten Gedankens der „frustrierten Aufwendungen“¹¹¹ oder der von Zeuner neuerdings entwickelte „Bedarfs-Theorie“ – aufgrund welcher in dem durch das Schadensereignis ausgelösten „Wert-

¹⁰⁵ Zur wettbewerbsrechtlichen Beurteilung dieses Sachverhalts s. BGH 22. 9. 1972 – Gewinnübermittlung, GRUR 1973, 81.

¹⁰⁶ BayObLG, Beschluß v. 23. 11. 1972, NJW 1973, 633; s. auch OLG Düsseldorf 28. 6. 1974, NJW 1974, 1833.

¹⁰⁷ RGSt 16, 1 ff.; BGH 20. 2. 1968, NJW 1968, 902; 16. 8. 1961, NJW 1962, 309 (310); 10. 6. 1952, NJW 1952, 1062 (1063).

¹⁰⁸ H. M. s. BGHSt 7, 198; 16, 220 (321, 325); Dreher, § 263 Anm. 1; Lampe, NJW 1978, 679 ff.

¹⁰⁹ S. zusammenfassend auch Schönfeld, Interessenverletzung und Betrugsschaden, JZ 1964, 206 ff. (207); Lampe, NJW 1978, 679 ff. (680).

¹¹⁰ Larenz, Schuldrecht, AT, S. 409; BGHZ 55, 146 (Jagd pachtfall); BGHZ 63, 203 (207); s. auch BGH 18. 9. 1975, JZ 1976, 278. Zu den Voraussetzungen der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts s. oben bei Fußn. 15 ff.

¹¹¹ Zur „Frustrationslehre“ s. Larenz, Schuldrecht, AT, (bis zur 10. Aufl.), § 29; abweichend davon die jüngeren Auflagen, s. Larenz, Schuldrecht, AT (12. Aufl.), S. 409.

bedarf“ ein Vermögensschaden zu erblicken ist¹¹² – kann freilich auch für das Zivilrecht unsere spezifische Fragestellung gelöst werden.

Indem der Käufer mit seiner Kaufentscheidung einen spezifischen Bedarf artikuliert (Erwerb eines Sonderangebots: preisgünstiger schottischer Whisky), hat er sich nicht nur positiv für dieses Erzeugnis, sondern auch negativ gegen den Erwerb eines anderen (deutsches Destillat zum marktüblichen Preis) ausgesprochen; für letzteres wollte er keine Geldmittel aufwenden. Wenn ihm dieses aber aufgrund einer Täuschung verkauft wird, wurden seine diskretionären, monetären Mittel, sein frei verfügbares Geldvermögen, vermindert. Ökonomisch gesprochen, wurde durch diesen Austauschvorgang ein Vermögensbestandteil in einen anderen Aggregatzustand versetzt, der vom Käufer nicht begehrt worden ist. Der Käufer wollte z. B. DM 10 für den Erwerb eines echten schottischen Whiskys aufwenden, nicht aber diesen Geldbetrag für ein deutsches Produkt ausgeben. Es handelt sich daher in diesem Fall nicht nur um einen Eingriff in die reine wirtschaftliche Dispositionsfreiheit des Käufers, sondern um eine echte Verknappung seiner Geldmittel und somit um eine Vermögensbeschädigung. Auch vor dem Hintergrund der §§ 279, 280 bzw. 325 (wesentlich strengere Haftung bei Geldschulden: Beschaffungsschuld) läßt sich die Meinung vertreten, daß ein mit üblichen Marktpreisen gewogener, wertmäßig zwar identischer, nach seinem ökonomischen Aggregatzustand aber unterschiedlicher Vermögensbestandteil, d. h. z. B. Sachvermögen statt Geldvermögen, privatrechtlich nicht einfach gleichgesetzt werden kann. Eine ex post unerwünschte Umwandlung von Geldvermögen in Sachvermögen, ohne einen allein dadurch begründeten Wertverlust, kann daher unter diesen Umständen auch einen Vermögensschaden darstellen.

Darüber hinaus entspricht regelmäßig eine Ware in der Hand des letzten Verbrauchers nicht mehr ihrem dafür von diesem an den Verkäufer entrichteten Geldbetrag; nach Eintritt in die Sphäre des Letztverbrauchers liegt der Wiederverkaufswert für derartige, im Regelfall dann bereits als „gebraucht“ zu betrachtende Waren, üblicherweise deutlich unter dem marktüblichen Neuanschaffungspreis. Die von der Angebotsseite intendierte Leistungsverwertung am Markt hat stattgefunden; ein Rückkauf der Ware zum gleichen Preis muß üblicherweise ausgeschlossen werden. Die für den Verkäufer regelmäßig mit einem Güteraustausch verbundene Gewinnspanne stellt für den Käufer rein monetär betrachtet immer einen Verlust dar. Dies hängt auch mit der ökonomischen Erfahrungstatsache zusammen, daß Sachwerte in der Konsumsphäre üblicherweise einen monetär geringer zu bewertenden Bestandteil des Vermögens des Käufers darstellen, als sie dies in der Angebotssphäre als Gegenstände mit Bestimmung zum Weiterverkauf sind.

Die Richtigkeit der Annahme eines Vermögensschadens kann auch durch eine ökonomische Analyse¹¹³ des verwendeten Schadensbegriffs bestätigt werden. Würde das bürgerliche Schadensersatzrecht einen aufgrund eines Täuschungsvorgangs

¹¹² Zeuner, A., Schadensbegriff und Ersatz von Vermögensschaden, AcP 163 (1963) S. 380 ff.

¹¹³ S. oben III.8.

ex post unerwünschten Austauschvorgang wertgleicher Güter sanktionslos tolerieren, würde es seinerseits nicht alle ihm rechtssystematisch und funktional zur Verfügung stehenden Möglichkeiten ausschöpfen, um auf eine optimale Allokation der Ressourcen hinzuwirken.¹¹⁴ Es würde akzeptieren, daß eine ökonomische Transaktion, die nicht oder zumindest nicht vollständig zu einer Bedarfsdeckung des Käufers führt – obwohl diesem keinerlei Sorgfaltspflichtverletzungen zum Vorwurf gemacht werden können –, rechtlichen Bestand hat. Ein derartiger Schadensbegriff würde sich daher mit einer nur suboptimalen Güterzuweisung begnügen. Der durch Täuschung zu einem Gütertausch bewegte Käufer hätte keinen rechtlichen Schutz, weil er, in marktüblichen Preisen gerechnet, eine wertangemessene Sache übereignet bekommen hat. Ein Absatz von relativ zu dem geäußerten Bedarf minderwertigen Waren (z.B. deutscher Whisky), wenn auch zu einem marktüblichen Preis, verdient jedoch auch aus ökonomischer Sicht keinen Bestandsschutz, weil im konkreten Einzelfall das individuelle bedarfsadäquate Angebot und nicht nur irgendein preislich angemessenes Wirtschaftsgut der jeweiligen Nachfrage zugeführt werden muß. Ökonomisch spielt im Endeffekt nicht die objektiv wertangemessene, sondern die subjektiv zufriedenstellende Versorgung die entscheidende Rolle; alle ökonomischen Austauschvorgänge sollten zur subjektiven Bedürfnisbefriedigung, nicht aber nur zu einer objektiven wertentsprechenden Versorgung führen.¹¹⁵ Letztere Situation stellt nur ein wirtschaftliches Suboptimum dar. Die aufgewandten Geldmittel haben zumindest z. T. ihren Zweck verfehlt.¹¹⁶

Aus der Kombination dieser rechtlichen und wirtschaftlichen Überlegungen muß die Schlußfolgerung gezogen werden, daß ein bürgerlich-rechtlich relevanter Vermögensschaden auch dann gegeben ist, wenn infolge unrichtiger Werbeangaben Waren zu einem angemessenen Preis abgesetzt werden, die jedoch z.B. nicht die in der Werbung hervorgehobenen Eigenschaften oder Funktionen besitzen. Der Verkauf eines deutschen Destillats, das in der Werbung als ein „echter schottischer Markenwhisky“ angepriesen worden ist, zu einem Preis, der für derartige inländische Produkte marktüblich ist, beinhaltet einen Vermögensschaden für den Käufer, weil dieser Geldmittel für den Erwerb eines Gutes ausgegeben hat, das er in Wirklichkeit gar nicht erwerben wollte. Seine frei verfügbaren monetären Mittel wurden dadurch verknappt, obwohl er als Gegenleistung nicht die gewünschte Erhöhung seiner Sachbestände erfahren hat; ihm wurde ein nicht bedarfsgerechtes Gut verkauft. Dies stellt einen Vermögensschaden dar.

Dieses Ergebnis hat, wie bereits schon erwähnt,¹¹⁷ im Rahmen von § 823 Abs. 1

¹¹⁴ Zu dieser Zielvorgabe s. oben III.8. bei Fußn. 14.

¹¹⁵ Statt vieler Kotler, Marketing-Management, S. 18 ff.; Gutenberg, Grundlagen der BWL, 2. Band, Der Absatz (15. Aufl.), S. 510 ff.; Tietz (Hrsg.), Handwörterbuch der Absatzwirtschaft, Stichwort: Bedarf, S. 313 ff.

¹¹⁶ Hier ergeben sich deutliche Parallelen zu dem strafrechtlichen Gedanken der „Zweckverfehlung“; vgl. dazu die darstellenden Bemerkungen bei Mertens, S. 130 ff.; s. auch Schönte/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar (18. Aufl.) § 263 Rdz. 61; Eser, GA 1962, 289 ff. (296 f.).

¹¹⁷ S. oben III.9. bei Fußn. 5 ff.

insofern in der Regel keine Bedeutung, als in den erörterten Fällen eine reine Vermögensschädigung vorliegt, der Tatbestand des § 823 Abs. 1 nicht erfüllt ist. Jedoch kann die Frage im Blick auf § 823 Abs. 2 und § 826 sowie für den Schadensersatzanspruch aus culpa in contrahendo praktische Relevanz erlangen.

9.2. § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit einem Schutzgesetz

9.2.1. Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb

Als eine zur Beurteilung von Vertragsanbahnungsmaßnahmen besonders geeignete Rechtsgrundlage, die dem Abnehmer auch einen Schadensersatzanspruch gewähren würde, könnte sich § 823 Abs. 2 in Verbindung mit den Vorschriften des UWG, insbesondere §§ 1 und 3 UWG, erweisen. Wie schon ausgeführt, hat jedoch im Gegensatz zu zahlreichen Stimmen aus der Literatur der VI. Zivilsenat des BGH in der Prüfzeichen-Entscheidung unmißverständlich dem UWG den Charakter eines Schutzgesetzes für den Einzelverbraucher im Zusammenhang mit § 823 Abs. 2 abgesprochen.¹¹⁸ Die Sanktionen, die auf einen Akt unlauteren Wettbewerbs folgen können, seien im UWG abschließend geregelt. Angesichts dieser unzweideutig zum Ausdruck gebrachten Auffassung der höchstrichterlichen Rechtsprechung, die inzwischen auch Anlaß zu Reformbestrebungen zur Erweiterung der wettbewerbsrechtlichen Ansprüche und Sanktionsmöglichkeiten für den einzelnen Verbraucher gegeben hat,¹¹⁹ erscheint es hier müßig, die gegen diese Rechtsprechung zu Recht vorgetragene Kritik noch weiter vertiefen zu wollen. Es kann nicht erwartet werden, daß die bürgerlich-rechtliche Praxis sich der Gegenmeinung der Literatur beim gegenwärtigen Stand der Novellierung des UWG zur Verbesserung der wettbewerbsrechtlichen Verbraucheransprüche anschließen wird.¹²⁰

9.2.2. Strafrechtliche Vorschriften, insbesondere § 263 StGB (Betrug)

In bestimmten Fällen können Vertragsanbahnungsmethoden den Tatbestand von Strafvorschriften, vor allem der §§ 263 StGB (Betrug) und 253 StGB (Erpressung), erfüllen.¹²¹ Die aus der Praxis bekannteste Fallgruppe ist dabei die Unterschrifterschleichung von Provisionsvertretern oder sonstigen Abschlußgehilfen der Werben- den.¹²² Trotz der vorab schon erwähnten strafrechtlichen Probleme¹²³ kann man

¹¹⁸ BGH 14. 5. 1974 – Prüfzeichen, GRUR 1975, 150; s. oben II.3. bei Fußn. 52.

¹¹⁹ Vgl. den Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, vom 29. 9. 1978, BT-Drucks. 8/2145; insbesondere §§ 13 a–13 c. In der amtlichen Begründung zu diesem Entwurf, S. 15, wird ausdrücklich auf die Prüfzeichenentscheidung des BGH hingewiesen.

¹²⁰ Ebenso Trinkner, BB 1975, 1495; weitere Einzelheiten s. oben II.3.

¹²¹ Vgl. v. Falckenstein, I, Rdz. 236.

¹²² Vgl. v. Falckenstein, I, Rdz. 103; vgl. umfassend zur manchmal problematischen strafrechtlichen Würdigung, Lampe, E.-J., Strafrechtliche Aspekte der „Unterschrifterschleichung“ durch Provisionsvertreter, NJW 1978, 679 ff. Aus der Rechtsprechung vgl. BGH 16. 7. 1970, NJW 1970, 1932 (Betrug trotz Stornierungsabsicht des Verlags); KG Berlin 15. 4. 1971,

unter Heranziehung eines subjektiv konkreten, wirtschaftlichen Vermögensbegriffs in den meisten Fällen der Unterschrifterschleichung einen Verstoß gegen § 263 StGB bejahen. Die Strafrechtsprechung geht jedenfalls diesen Weg, wenn z.B. der Vertreter vortäuscht, der Kunde unterschreibe keine rechtsverpflichtende Erklärung oder wenn er eine Täuschung über den wahren Umfang einer rechtlichen Verpflichtung begeht, oder unterschriebene „Blankettaufträge“ abredewidrig selbst ausfüllt.¹²⁴

In diesen Fällen wird wie in dem Fall, daß ein Abschlußgehilfe durch eine Erpressung gemäß § 253 StGB einen Nachfrager zu einem Vertragsabschluß bewegt, ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB verletzt, weil diese Strafvorschriften nicht lediglich dem öffentlichen Interesse, sondern auch dem Schutz des Vermögens der konkret durch die Straftaten geschädigten Personen dienen.¹²⁵ Infolge des Verstoßes gegen diese Strafvorschrift, d.h. gegen „ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz“ im Sinne des § 823 Abs. 2 wird das Vermögen des Umworbenen geschädigt, dessen Schutz das strafrechtliche Verbot zumindest auch dient. Dieser Vermögensschaden¹²⁶ sowie jeder andere durch die Begehung dieser Straftaten kausal bedingte und innerhalb des Normzwecks liegende Schaden muß gemäß § 823 Abs. 2 ersetzt werden.

Rein theoretisch könnte mit diesem Rechtsbehelf wegen der weiten Auslegung des § 263 StGB durch die Praxis¹²⁷ in den meisten Fällen krimineller Täuschungsmethoden bei der Vertragsanbahnung zivilrechtliche Abhilfe in Form eines Schadensersatzanspruchs gemäß § 823 Abs. 2 erreicht werden. In der Praxis fehlt es jedoch schon an einer schlagkräftigen Durchsetzung der strafrechtlichen Rechtsbehelfe, insbesondere eine Anwendung von § 4 UWG. Leider wird im Rahmen der Rechtsdurchsetzung seitens der Strafverfolgungsbehörden, trotz der Errichtung von Schwerpunktsstaatsanwaltschaften zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität dem § 4 UWG nur sehr wenig Beachtung geschenkt.¹²⁸ Die Strafverfolgung konzen-

JR 1972, 28 (Vermögensschaden, wenn der Getäuschte sich den Erwerb nicht „leisten“ kann); vgl. dazu auch BGHSt 16, 321 (325f.) (Verkürzung der für die persönlichen Verhältnisse und eine angemessene Lebensführung unerlässlichen Geldmittel); vgl. außerdem OLG Hamm 18. 12. 1964, NJW 1965, 702; OLG Düsseldorf 28. 6. 1974, NJW 1974, 1833; OLG Köln 18. 9. 1973, MDR 1974, 157.

¹²³ Zur Bestimmung des Vermögensschadens s. oben bei Fußn. 97ff.

¹²⁴ Vgl. die Rechtsprechungsnachweise bei Fußn. 97ff. sowie Lampe, NJW 1978, 680, 681.

¹²⁵ H. M. vgl. Larenz, Schuldrecht, BT, S. 545 ff. (546); Palandt/Thomas, § 823, Anm. 9, f; Lackner, § 263 Anm. 2; § 253, Anm. 1.

¹²⁶ § 823 Abs. 2 BGB gibt anders als § 823 Abs. 1 BGB auch Ersatz für reine Vermögensschäden; vgl. Larenz, Schuldrecht, BT, S. 545.

¹²⁷ Vgl. jedoch kritisch zu dieser Ausweitung des § 263 StGB, so daß praktisch alle „Vertreterbetrügereien“ strafrechtlich erfaßt werden können, Lampe, NJW 1978, 681.

¹²⁸ S. v. Falckenstein, II, Rdz. 119ff.; in rund 70% aller untersuchten strafrechtlichen Verfahren kam es zu einer Einstellung des Verfahrens; dieser Umstand hat auch für § 823 Abs. 2 Bedeutung, wenn man § 4 UWG als ein Schutzgesetz zugunsten der Verbraucher betrachten will; so Tilmann, W., Zur Rechtsstellung des Verbrauchers bei Wettbewerbsdelikten, ZHR 141 (1977), 33ff. (38f.).

triert sich erfahrungsgemäß im wesentlichen auf die „dicken Fische“ der kriminellen Vertragsanbahnung und verwendet dabei fast ausschließlich § 263 StGB als Rechtsgrundlage. Für die Nachfrageseite ist diese Beschränkung auf die Verfolgung von Betrugsfällen mit erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung in der strafrechtlichen Praxis von Nachteil. Damit reduzieren sich erfahrungsgemäß auch die zivilrechtlichen Möglichkeiten auf einige wenige besonders krasse Fälle der Verwendung krimineller Methoden zur Vertragsanbahnung. Aber auch die Realisierung dieser zivilrechtlichen Ansprüche bietet erfahrungsgemäß immer noch genug praktische Schwierigkeiten.¹²⁹

Aus dem zivilrechtlichen Problemkreis der Vertragsanbahnung kann damit nur ein verschwindend kleiner Bereich erfaßt und geregelt werden. Die Zuhilfenahme strafrechtlicher Vorschriften ist eine prinzipiell ungeeignete Verlegenheitslösung; die Strafrechtspflege verfolgt andere Zwecke als das Bürgerliche Recht. Eine sinnvoll wirtschaftssteuernde Regelung der Haftung für vertragsanbahnende Erklärung kann nicht dem Strafrecht überantwortet werden; es bedarf dazu eines umfassenden genuin bürgerlich-rechtlichen Rechtsinstituts.

9.2.3. Sonstige Schutzgesetze – Ein Überblick

Neben strafrechtlichen Bestimmungen lassen sich andere, in unserer Rechtsordnung verstreut angesiedelte Vorschriften als Schutzgesetze im Zusammenhang mit § 823 Abs. 2 BGB für die Nachfrageseite finden. In Frage kommen insbesondere all jene Gesetze und Verordnungen,¹³⁰ die unter dem Gesichtspunkt des Schutzes der Verbraucher vor Gesundheits- und Sicherheitsgefahren¹³¹ geschaffen wurden.

Die Bundesregierung hat in der Anlage zu ihrem Zweiten Bericht zur Verbraucherpolitik vom 20. 10. 1975¹³² eine Übersicht über die seit Vorlage des Ersten

¹²⁹ Viele Vertreter, die an der Haustüre arbeiten, und die sich schadenersatzpflichtig machen, leben selbst am Rande des Existenzminimums. Vgl. v. Falckenstein, I, Rdz. 103. Die hinter ihnen stehenden, meist gut verdienenden „Vertriebsorganisationen“ sind demgegenüber nur sehr schwer zu erfassen; vgl. dazu z. B. die zivilrechtlichen Folgesachen aus dem Konkurs von „Golden Products“, BGH 22. 5. 1978, BB 1978, 1184 ff.; 23. 11. 1978, BB 1979, 341 ff.

Dies ist auch deshalb von Bedeutung, weil der Staatsanwaltschaft ein ganz anderer Ermittlungsapparat als einem Letztverbraucher oder einem Verbraucherverband zur Verfügung steht. Diese warten daher oft den Ausgang des Ermittlungsverfahrens ab, bevor sie zivilrechtliche Schritte näher in Erwägung ziehen.

¹³⁰ H. M. vgl. Larenz, Schuldrecht, BT, S. 546; Palandt/Thomas, § 823, Anm. 9, a.

¹³¹ Vgl. dazu Punkt 1 des Ersten Programmes der Europäischen Gemeinschaft zur Unterrichtung und zum Schutz der Verbraucher vom 21. 5. 1974, ABl. Nr. C 92 vom 25. April 1975, S. 1 ff.: „Die Verbraucherinteressen können nach vier bestimmten grundlegenden Erfordernissen wie folgt zusammengefaßt werden: – Recht auf Schutz, insbesondere Schutz der Gesundheit, der Sicherheit und Schutz der wirtschaftlichen Interessen ...; vgl. auch Politik zum Schutz und zur Unterrichtung der Verbraucher, Erster Bericht der Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Brüssel 1977, passim.“

Strittig ist jedoch immer noch inwieweit Umweltschutzgesetze, Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 zugunsten eines bestimmten Personenkreises sein können, s. Larenz, Schuldrecht, BT, S. 547 f.

¹³² BT-Drucks. 7/4181 v. 20. 10. 1975, S. 20 ff.

Berichts zur Verbraucherpolitik – also zwischen 1971 und 1975 – erlassenen verbraucherrelevanten Rechtsvorschriften gegeben. Allein diese Zusammenstellung enthält fast 100 Gesetze und Verordnungen, die überwiegend zur Regelung der Qualität und Sicherheit von Produkten oder Dienstleistungen dienen. Beispielfhaft wiedergegeben seien hier das Gesetz über Wein, Likörwein, Schaumwein, weinhaltige Getränke und Branntwein aus Wein (Weingesetz),¹³³ die Neufassung des Textilkennzeichnungsgesetzes¹³⁴ und des Handelsklassengesetzes,¹³⁵ das Geflügelfleischhygienegesetz,¹³⁶ die Trinkwasserverordnung,¹³⁷ das Gesetz zur Gesamtreform des Lebensmittelrechts (zur Neuordnung des Verkehrs mit Lebensmitteln, Tabakerzeugnissen, kosmetischen Mitteln und sonstigen Bedarfsgegenständen)¹³⁸ und das Gesetz über die Umweltverträglichkeit von Wasch- und Reinigungsmitteln (Waschmittelgesetz).¹³⁹ Besonderer Hervorhebung bedarf wegen seiner Nähe zur Produzentenhaftung das Gesetz über technische Arbeitsmittel (Maschinenschutzgesetz),¹⁴⁰ das für einen wichtigen technischen Teilbereich (technische Arbeitsmittel, d. h. Beförderungsmittel, Sport-, Bastel- und Haushaltsgeräte sowie Spielzeug, vgl. § 2 MaschinenschutzG) nicht nur den Käufer dieser Geräte, sondern auch alle anderen Personen, die mit diesen Geräten unmittelbar in Berührung kommen, rechtlich schützt. Geschütztes Rechtsgut ist allerdings nur Leben und Gesundheit der Käufer, nicht also auch Eigentum oder Vermögen.¹⁴¹

Die exemplarisch aufgeführten Rechtsvorschriften können alle als Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 betrachtet werden, denn sie wurden nicht nur zum Schutze der Allgemeinheit der Verbraucher, sondern auch zum Schutze der jeweils von ihnen im konkreten Fall betroffenen einzelnen Verbraucher geschaffen.¹⁴² Einer genaueren Prüfung in jedem Einzelfall bedarf es jedoch, ob das jeweilige Schutzgesetz den Schutz gerade der verletzten Person oder dieses Angehörigen eines bestimmten Personenkreises bezweckt (persönlicher Schutzbereich), zum Schutze des jeweils verletzten Rechtsguts geschaffen wurde (sachlicher Schutzbereich) und gerade diese konkrete Schädigungsart verhindern wollte (funktioneller Schutzbereich).¹⁴³

¹³³ Vom 14. Juli 1971 (BGBl. I, S. 893).

¹³⁴ Vom 25. August 1972 (BGBl. I, S. 1545).

¹³⁵ Vom 23. November 1972 (BGBl. I, S. 2201).

¹³⁶ Vom 12. Juli 1973 (BGBl. I, S. 776).

¹³⁷ Vom 15. Februar 1975 (BGBl. I, S. 453).

¹³⁸ Vom 15. August 1974 (BGBl. I, S. 1945).

¹³⁹ Vom 20. August 1975 (BGBl. I, S. 2255).

¹⁴⁰ Vom 24. Juni 1968 (BGBl. III, 8053); vgl. auch Hummel-Liljegren, H., Produktsicherheit und Maschinenschutzgesetz, in Verbraucherschutz, Gruppe 60a, passim; Lukes, R., Produzentenhaftung und Maschinenschutzgesetz, JuS 1968, 345 ff.

¹⁴¹ Vgl. Lukes, JuS 1968, 350.

¹⁴² Vgl. „Grundlagen und Ziele der Verbraucherpolitik“, BT-Drucks. 7/4161 vom 20. 10. 1975, S. 5; Lukes, JuS 1968, 350 zum Maschinenschutzgesetz. Weitere Schutzgesetze vgl. bei Palandt/Thomas, § 823, Anm. 9, f; Erman/Drees, § 823, Anm. 132 ff.

¹⁴³ Vgl. Larenz, Schuldrecht, BT, S. 547; Fikentscher, S. 659; Knöpfle, R., Zur Problematik der Beurteilung einer Norm als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2, NJW 1967, 697. Zur

Geradezu willkürlich erscheint in manchen Fällen die Verneinung des Charakters eines Schutzgesetzes für den Nachfrager durch die herrschende Meinung. So wird z.B. der Preisangabenverordnung die Qualität eines Schutzgesetzes von der Rechtsprechung abgesprochen,¹⁴⁴ obwohl schon in der amtlichen Begründung zur früher gültigen Preisauszeichnungsverordnung¹⁴⁵ ausgeführt wurde: „In der heutigen Zeit eines reichlichen und stark differenzierten Warenangebots kommt der Preisauszeichnung für den Verbraucher besondere Bedeutung zu, da erst eine deutliche Preisauszeichnung dem Verbraucher die schnelle und zuverlässige Information über das preisgünstigste Angebot ermöglicht.“ Auch die gegenwärtig gültige am 1. 7. 1973 in Kraft getretene Preisangabenverordnung¹⁴⁶ wurde aus Überlegungen des Verbraucherschutzes, die auch den Schutz des einzelnen Verbrauchers miteinschließen, geschaffen: „Ebenso wie nach der bisherigen Preisauszeichnungsverordnung ist es daher Ziel der Verordnung über Preisangaben, die Position des Verbrauchers durch Gewährleistung eines optimalen Preisvergleichs zu stärken. Denn nur der informierte Verbraucher ist in der Lage, beim Kauf von Waren oder bei der Inanspruchnahme von Dienstleistungen dem günstigsten Angebot den Vorzug zu geben und damit zugleich einen Beitrag zur Dämpfung des Preisauftriebs zu leisten.“¹⁴⁷ Die Preisangabenverordnung sollte daher auch als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB zum Schutz des einzelnen Abnehmers vor Preistäuschungen verstanden werden, so daß im Falle der Entstehung eines Vermögensschadens infolge einer fehlerhaften oder überhaupt unterbliebenen Preisauszeichnung der Verbraucher einen Schadensersatz geltend machen kann, auch wenn dies in der Praxis nur selten vorkommen mag.

Wegen der unsystematischen Zersplitterung der Schutzgesetze und der Schwierigkeiten der Bestimmung des jeweiligen Rechtswidrigkeitszusammenhangs im konkreten Einzelfall konnte bislang, soweit ersichtlich,¹⁴⁸ trotz der gegebenen theoretischen Möglichkeiten § 823 Abs. 2 sich nicht als eine effiziente und schlagkräftige Anspruchsgrundlage zur Verbesserung der Rechtsposition der Nachfrageseite entwickeln. Außer in Verbindung mit der Verletzung gewisser strafrechtlicher Schutzgesetze¹⁴⁹ kann dem deliktischen Anspruch aus § 823 Abs. 2 kaum praktische Relevanz beigemessen werden; eine zufriedenstellend einheitlich geregelte zivilrechtliche Haftung für den Bereich der Vertragsanbahnung oder eine Erklärungshaftung für Werbeangaben gegenüber dem Letztverbraucher ist hiervon nicht zu erhoffen.

Bedeutung und Funktion der Normzwecktheorie vgl. insbesondere die zusammenfassende Darstellung bei Schricker, Gesetzesverletzung, S. 78 ff.

¹⁴⁴ Vgl. Palandt/Thomas, § 823, Anm. 9, g unter Hinweis auf OLG Düsseldorf 27. 11. 1964, BB 1965, 60 (61).

¹⁴⁵ Bundesanzeiger Nr. 178 v. 25. 9. 1969.

¹⁴⁶ Vom 10. Mai 1973, BGBl. I, S. 461.

¹⁴⁷ Amtliche Begründung zur VO über Preisangaben (Bundesanzeiger Nr. 97 vom 24. 5. 1973); weitere Einzelheiten vgl. dazu bei Schricker/Lehmann, Selbstbedienungsgroßhandel, S. 213 f.; Gelberg, H.-G., Kommentar zur Preisangabenverordnung, S. 6.

¹⁴⁸ S. oben I.4.

¹⁴⁹ S. oben III.9.2.

9.3. § 826 BGB – Vorsätzliche sittenwidrige Schädigung

Ein Schadensersatzanspruch gemäß § 826 ist der Nachfrageseite eröffnet, wenn die Angebotsseite durch Vertragsanbahnungsmaßnahmen einem Nachfrager in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise vorsätzlich Schaden zufügt. Nach der herrschenden Meinung in Literatur und Rechtsprechung ist davon auszugehen, daß Ansprüche aus § 826 sowohl mit anderen deliktsrechtlichen Ansprüchen gemäß § 823 Abs. 1 und 2 als auch mit wettbewerbsrechtlichen Ansprüchen konkurrieren können.¹⁵⁰ Hinsichtlich des Begriffs der Sittenwidrigkeit ergeben sich Parallelen zum Wettbewerbsrecht. Eine gemäß § 1 UWG als wettbewerbsrechtlich sittenwidrig zu qualifizierende Vertragsanbahnungsmaßnahme¹⁵¹ oder eine für den Verbraucher gemäß § 3 UWG als irreführend zu beurteilende Werbeangabe stellt regelmäßig auch ein „sittenwidriges“ Verhalten gemäß § 826 dar, wenn dadurch einem Verbraucher vorsätzlich Schaden zugefügt wird.¹⁵²

Für die Praxis ergeben sich bei § 826 ähnliche Schwierigkeiten der Rechtsdurchsetzung wie bei § 123¹⁵³ und bei § 463 (arglistige Täuschung).¹⁵⁴ Der Kläger muß den Beweis erbringen, daß der Werbende mit seinen Absatzbemühungen ihn vorsätzlich schädigen wollte.¹⁵⁵ Eine reine Vermögensschädigung reicht bei § 826, anders als bei § 823 Abs. 1, aus.¹⁵⁶ Für eine vorsätzliche Schädigung gemäß § 826 genügt jede Form des Vorsatzes, also auch *dolus eventualis*; ein aktuelles Bewußtsein der Sittenwidrigkeit wird nicht gefordert; jedoch muß der Träger die Umstände gekannt haben, aus denen die Sittenwidrigkeit abzuleiten ist.¹⁵⁷

Wegen der zur Auslegung von Generalklauseln typischen Bildung von Fallgrup-

¹⁵⁰ Vgl. Palandt/Thomas, § 826, Anm. 7; Fikentscher, S. 663; Larenz, Schuldrecht, BT, S. 562 f. (564); Erman/Drees, § 826, Anm. 3 ff. (4); Schricker, Gesetzesverletzung, S. 92 ff.; Sack, Folgeverträge, S. 33. Aus der Rechtsprechung vgl. BGHZ 36, 252; BGH 28. 9. 1973 – Brünova, GRUR 1974, 100.

¹⁵¹ Vgl. dazu etwa Schricker/Lehmann, Werbung/Unlauterer Wettbewerb, Rdz. 55 ff.

¹⁵² Auf das rechtsdogmatische Problem des Vergleichs der Sittenwidrigkeitsbegriffe in § 826 BGB und § 1 UWG kann hier nicht weiter eingegangen werden. Zur Unterscheidung des Sittenwidrigkeitsbegriffs in § 826 BGB und § 1 UWG vgl. Schricker, Gesetzesverletzung, S. 93 ff.; Teubner, Standards und Direktiven in Generalklauseln, S. 9 ff.; Sack, R., Sittenwidrigkeit, Sozialwidrigkeit und Interessenabwägung, GRUR 1970, 493; ders., Folgeverträge, S. 33 ff. jeweils mit weiteren Hinweisen. Die Praxis verwendet § 826 BGB wohl aus historischen Gründen bislang nur für Schadensersatzansprüche zwischen Mitbewerbern, typischerweise etwa wegen „Ausspannens von Arbeitskräften“ oder „Zahlung von Schmiergeldern“ vgl. zu dieser Fallgruppe Larenz, Schuldrecht, BT, S. 564; Fikentscher, S. 663; Palandt/Thomas, § 826, Anm. 8, u. aa ff.; Mertens, H.-J., Zur Bankenhaftung wegen Gläubigerbenachteiligung, ZHR 143 (1979) 174 ff. (179).

¹⁵³ S. oben III.4.6.

¹⁵⁴ S. oben III.7.2.6.

¹⁵⁵ H.M. vgl. statt vieler Palandt/Thomas, § 826, Anm. 3, Larenz, Schuldrecht, BT, S. 563; Fikentscher, S. 662.

¹⁵⁶ Palandt/Thomas, § 826, Anm. 1; Fikentscher, S. 662; Larenz, Schuldrecht, BT, S. 563.

¹⁵⁷ Larenz, Schuldrecht, BT, S. 563; Fikentscher, S. 662; Palandt/Thomas, § 826, Anm. 3.

pen¹⁵⁸ ist von entscheidender Bedeutung, ob der Abnehmerschutz Eingang in eine für § 826 entwickelte Fallgruppe gefunden hat, d.h. ob § 826 als ein mögliches bürgerlich-rechtliches Instrument des Schutzes der Nachfrager bislang schon in der Rechtsprechung verwendet worden ist. Dies ist, soweit ersichtlich, kaum der Fall. Beispielsweise sei hier auf die Darstellung der für § 826 relevanten Fallgruppen bei Larenz¹⁵⁹ und Fikentscher¹⁶⁰ hingewiesen, die im Rahmen der Beurteilung von Wettbewerbshandlungen nur diejenigen Fallgruppen als für § 826 einschlägig aufzeigen, die Schadensersatzansprüche zwischen Mitbewerbern betreffen. Die Fallgruppe einer Verbraucherklage gemäß § 826 gegen Wirtschaftssubjekte aus der Sphäre des Angebots ist demgegenüber nicht bekannt.¹⁶¹

In jüngerer Zeit ist eine derartige Klage in folgendem besonders eklatanten Fall einer sittenwidrigen Schädigung durch falsche Zusicherungen eines Verkäufers erfolgreich angestrengt worden:¹⁶² In einer Zeitungsanzeige war der Verkauf von teuren Schnellreinigungs- und Kleiderbadanlagen zusammen mit einer kostenlosen Einarbeitung und Ausbildung für „Nichtfachleute“ beworben worden; in den die Maschine betreffenden Werbeprospekten des Verkäufers fanden sich folgende Hinweise:

„Bei der Vollreinigung (chem. Reinigung) kommt zur rein maschinellen Reinigung noch eine ... (weitere Behandlung). Die hierfür erforderlichen fachlichen Kenntnisse sind erlernbar und werden Ihnen auch während der kostenlosen Einarbeitung und Ausbildung vermittelt.“

Im Kaufvertrag lautete ein Passus im Abschnitt der „Zusammenstellung von Sonderleistungen“:

„Vierzehntägige Ausbildung (eine Person) an den Maschinen einer chem. Reinigung.“

Der Kläger begehrte von den Beklagten (Vertreter und Maschinenhersteller) Schadensersatz wegen unerlaubter Handlung mit der Begründung, diese hätten ihn durch unwahre Angaben zum Vertragsabschluß verleitet. Die Klage hatte insoweit Erfolg, als der geltend gemachte Schaden nach Auffassung des Gerichts durch die falschen Zusicherungen herbeigeführt worden sei:

„Die Beklagten haben die falsche Zusicherung grob leichtfertig gemacht. Sie haben all das außer acht gelassen, was sie im Geschäftsleben hätten beachten müssen. Da sie sich um die sachliche Richtigkeit der Zusicherung nicht gekümmert haben, muß angenommen werden, daß

¹⁵⁸ Vgl. dazu statt vieler Teubner, S. 92 ff.; sowie exemplarisch Lehmann, Werbung mit Geschenken, S. 144 ff.

¹⁵⁹ Larenz, Schuldrecht, BT, S. 564; zur Auskunftshaftung gemäß § 826 vgl. Honsell, H., Probleme der Haftung für Auskunft und Gutachten, JuS 1976, 621 ff., 627 ff.

¹⁶⁰ Fikentscher, S. 662 f.; vgl. auch Palandt/Thomas, § 826, Anm. 8, u. ff., der jedoch auch abnehmerrelevante Entscheidungen aufzählt, die freilich weit überwiegend nur aufgrund von Klagen von Wettbewerbern gegen andere Konkurrenten ergangen sind; vgl. dazu v. Falckenstein, II, Rdz. 20 ff.

¹⁶¹ Vgl. Sack, Folgeverträge, S. 33; Trinkner BB 1975, 1494. Bezeichnenderweise erwähnt Trinkner § 826 als deliktsrechtliche Anspruchsgrundlage gegen irreführende Werbung erst gar nicht.

¹⁶² OLG Celle 22. 8. 1969, BB 1970, 985.

sie die Zusage geradezu ins Blaue hinein gemacht haben. Von jedem Fachmann und von jedem angesehenen Unternehmen auf dem Gebiete der Einfach- und der Vollreinigung hätten sie, wenn sie nur nachgefragt hätten, die Auskunft erhalten, daß es unmöglich ist, einem Laien innerhalb von 14 Tagen die für die Vollreinigung (chemische Reinigung) erforderlichen Fachkenntnisse beizubringen ... Ein weiterer Umstand, der das Vorgehen der Beklagten als besonders leichtfertig kennzeichnet, ist darin zu erblicken, daß die Zusicherung Werbezwecken diene und daß die Sache, für die geworben wurde, nicht ein Gegenstand von nur geringer Bedeutung, sondern eine hochwertige und, gemessen an der Finanzkraft von Kleingewerbetreibenden, teure Maschinenanlage war, für welche die Firma X im hier zu entscheidenden Falle einen Barkaufpreis von 42400 DM verlangt hat. Der Entschluß, eine solche Anlage zu erwerben, ist also eine Entscheidung, die für die meisten Kaufinteressenten – und so auch für den Kläger – eine sehr erhebliche finanzielle Bedeutung hatte ... Es fällt weiter ins Gewicht, daß die Beklagten, die sich bewußt auch an Nichtfachleute wie den Kläger wandten, damit rechnen mußten, daß diese branchenfremden Personen mit dem Entschluß, von der Firma X eine Reinigungsanlage zu erwerben und diese Anlage zu betreiben, häufig den weiteren Entschluß verbinden, ihre bisherige Erwerbsstellung aufzugeben. Entscheidungen dieser Art sind ebenfalls zumeist von großer Bedeutung für den einzelnen. Ein Letztes ist zu bedenken:

Die in Umlauf gesetzten Werbeschriften mit der falschen Zusicherung gaben sich als die Erzeugnisse einer Firma zu erkennen, die über die erforderlichen Fachkenntnisse verfüge und deswegen ohne weiteres in der Lage sei, sachkundigen Rat zu geben, und zwar nicht nur über die Handhabung der Reinigungsmaschinen, sondern auch über den richtigen Betrieb eines Reinigungsunternehmens ... All diese Hinweise ließen die ... Firma X als ein vertrauenswürdiges, von Fachleuten geführtes Unternehmen erscheinen, deren Ratschlägen Nichtfachleute ohne weiteres folgen durften.

Diese gesamten Umstände kennzeichnen die falsche Zusage als grob leichtfertig und als geradezu gewissenlos abgegeben. Die Beklagten haben sich demzufolge sittenwidrig verhalten.¹⁶³

Die Urteilsbegründung stellt auf die Besonderheit des außergewöhnlich hohen Schadens ab; eine Verallgemeinerung ist daher nur in ganz engen Grenzen zulässig. Die Generalklausel des § 826 kann praktisch nur als letzter „Notnagel“ bei besonders schwerwiegenden Vermögensbeschädigungen durch Werbeangaben betrachtet werden.

Damit ist die praktische Bedeutung des § 826 für den Bereich der Vertragsanbahnung und für eine Haftung für Werbeangaben gegenüber dem Letztverbraucher nur als sehr gering zu veranschlagen. Obgleich § 826 lange als eine das Wettbewerbsrecht ergänzende Generalklausel herangezogen wurde,¹⁶⁴ ist ihre Aktivierung für den Verbraucherschutz bisher nicht gelungen.

¹⁶³ BB 1970, 985.

¹⁶⁴ Vgl. dazu statt vieler Ulmer/Reimer, S. 7; vgl. auch exemplarisch für den Bereich der Existenzvernichtung Nipperdey, H. C., Wettbewerb und Existenzvernichtung (Eine Grundfrage des Wettbewerbsrechts), S. 9 ff. (22).

10. Zusammenfassung zum III. Kapitel: Ökonomische Analyse der bürgerlich-rechtlichen Beurteilung der Vertragsanbahnung

Betrachtet man die bisherige bürgerlich-rechtliche Beurteilung der Vertragsanbahnung in einem zusammenfassenden Überblick, bietet sich das Bild einer verwirrenden Vielfalt von rechtlichen Möglichkeiten und Ansatzpunkten, deren Zusammenspiel jedoch völlig unabgestimmt und deren ökonomische Effizienz sehr kritisch zu bewerten ist. Werbeangaben haben im Bürgerlichen Recht keinen eigenständigen Bezugspunkt. Typischerweise werden sie von Rechtsprechung und Literatur nicht als rechtsgeschäftliche Erklärungen, sondern nur als rein informative Tatsachenmitteilungen qualifiziert. Ob daher die im Bürgerlichen Gesetzbuch vorgesehenen Rechtsinstitute im konkreten Einzelfall zur Regelung von Konflikten im Rahmen von Austauschvorgängen passen oder nicht, ist mehr oder weniger eine Glückssache.¹⁶⁵

Diese Situation benachteiligt den Käufer, der im Vertrauen auf die Richtigkeit bestimmter Werbeangaben den Abschluß von Kaufgeschäften tätigt. Dieses Vertrauen wird bürgerlich-rechtlich nicht geschützt; es fehlt an einer angemessenen rechtlichen Berücksichtigung der ökonomischen Bedeutung der Wirtschaftswerbung. Besonders pointiert hat dies der BGH in seiner Hühnerpest-Entscheidung zum Ausdruck gebracht: „In seinem Urteil BGHZ 48, 118 (Trevira) hat er (der VIII. Zivilsenat) es abgelehnt, der Werbung haftungsbegründende Kraft zuzulegen. Daß sie im Ringen um den ‚König Kunden‘ immer umfangreicher und, betriebswirtschaftlich gesehen, immer bedeutungsvoller geworden ist, besagt noch nicht, daß ihr rechtlich die Bedeutung einer Haftungszusage zukäme.“¹⁶⁶

Ökonomisch betrachtet bedeutet dies freilich, daß das Bürgerliche Recht ein Re-

¹⁶⁵ S. Schricker, GRUR 1979, 3: „Der Verbraucher, der mit den Mitteln des BGB zu seinem Recht kommen soll, sieht sich einer verwirrenden Vielfalt von Möglichkeiten gegenüber: Nichtigkeit wegen Sittenverstoßes, Anfechtung, Gewährleistungsrecht, Deliktshaftung; in einem komplizierten Verhältnis der Komplementarität, Konsumtion oder Subsidiarität stehend; ungeschriebenen Rechtsinstituten, wie culpa in contrahendo oder positiver Vertragsverletzung, teils Raum gebend, teils sie verdrängend; ein Tummelplatz gelehrter Dogmatiker, beliebt als Thema verzwickter Klausuren. Der ungelehrte Rechtsbürger muß hier die Waffen strecken. Aber selbst wenn es ihm gelingt, sich einen Überblick zu verschaffen, wird er auf entscheidende Lücken stoßen. Werbung als Bezugspunkt kommt im BGB nicht vor; ob die dort vorgesehenen Rechtsinstitute passen, ist mehr oder weniger Glückssache. Nicht immer konzentriert sich der Sachverhalt auf ‚verkehrswesentliche Eigenschaften‘, ‚Sachmängel‘ oder ‚Eigenschaftszusicherungen‘. Täuschung über ‚wertbildende Faktoren‘ mag relevant sein; dagegen führen Fehlvorstellungen über den Wert selbst, die Angemessenheit des Preises nach herrschender Meinung für sich allein weder zu Irrtumsanfechtung, noch lösen sie eine Sachmängelhaftung aus. Und wie soll es dem Verbraucher gelingen, Arglist nachzuweisen, wenn selbst der Staatsanwalt scheitert, wie die Praxis zu § 4 UWG sattem zeigt? Es ist ja doch nicht damit getan darzutun, daß theoretisch ein Vorgehen nach BGB möglich wäre, wenn es sich um Rechte handelt, deren Voraussetzungen der Verbraucher in der Praxis nicht nachzuweisen vermag.“

¹⁶⁶ BGHZ 51, 91 ff. (100); Einfügungen in Klammern durch den Verfasser.

gelungsdefizit aufweist, das die Chancen für die optimale Allokation der Ressourcen spürbar verschlechtert. Das Bürgerliche Recht hält nicht die Transaktionsparteien eines Gütertauschvorgangs dazu an, daß diese sich bei der Vertragsanbahnung kostenminimierend verhalten, um auf eine ökonomisch möglichst günstige Art und Weise das richtige Angebot der jeweiligen Nachfrage zuzuführen.

Ökonomische Fehlläufe infolge unpräziser, insbesondere irreführender Werbeangaben, die also nicht durch eine Sorgfaltspflichtverletzung seitens des Käufers bedingt sind, werden vom Bürgerlichen Recht unter Einbeziehung der Regelungen des AGB-Gesetzes nur unzureichend sanktioniert. Auch wenn dem Käufer unter Umständen ein Anfechtungsrecht bzw. die Möglichkeit der Wandlung oder Minderung gewährt wird, erlaubt dies der Angebotsseite die Verwendung eines „trial-and-error“-Verfahrens zur Durchführung von Absatzvorgängen, das für sie ökonomisch betrachtet nahezu risikolos ist. Außer den eventuell anfallenden Vertragskosten im Sinne des § 467 Abs. 1 Satz 2 und den mit einer streitigen Rückabwicklung von Austauschvorgängen regelmäßig verbundenen Prozeßkosten trägt der Verkäufer kein weiteres ökonomisches Risiko, das ihn von vornherein zu einer genauen inhaltlichen Überprüfung seiner Werbeangaben veranlassen könnte. Er kann relativ gefahrlos zuerst einmal eine Leistungsverwertung für seine Angebote mit irreführenden Werbebehauptungen am Markt versuchen; mißlingt dies, z.B. infolge von Wandlungsbegehren, muß er deswegen nicht die Hinnahme schwerwiegender ökonomischer Einbußen befürchten. Eine Pflicht zur Leistung von Schadensersatz trifft ihn in der Regel nicht.

Außerdem erschwert die arbeitsteilige Aufspaltung von bestimmten Absatzfunktionen auf unterschiedliche Wirtschaftssubjekte – der Hersteller betreibt Sprungwerbung und gestaltet so eine Art „Vorverkauf“ seiner Waren an den Nachfrager, der Handel beschränkt sich auf distributive Aufgaben und auf die Durchführung des Kaufvertragsabschlusses – genauso wie die zahlreichen, der Angebotsseite belassenen Freizeichnungsmöglichkeiten die Rechtsdurchsetzung etwaiger vertraglicher Ansprüche der Nachfrageseite. Dazu kommt in vielen Fällen eine für den Verbraucher ungünstige Beweislastverteilung; er muß regelmäßig den Inhalt von vertragsanbahnenden Erklärungen oder Zusicherungen unter Beweis stellen, was ihm in vielen Fällen aus rein faktischen Gründen unmöglich ist.¹⁶⁷ Nicht dem Käufer, sondern dem Verkäufer steht üblicherweise ein Abschlußgehilfe, d.h. ein Vertreter, ein kaufmännischer Angestellter oder eine sonstige Hilfsperson, zur Verfügung, die im Zweifelsfall schon aus rein persönlichen Gründen eher die Interessen des Prinzipals als die eines für ihn anonymen Käufers zu verfolgen gewillt ist.

Was fehlt, ist eine praxisnahe bürgerlich-rechtliche Haftung für Werbeangaben, die auch durch die arbeitsteilige Funktionsaufspaltung der Angebotsseite nicht aufgehoben oder reduziert wird. Schadensersatzansprüche für Verstöße bei der Vertragsanbahnung von Kaufverträgen gewährt das Bürgerliche Recht nur in Ausnah-

¹⁶⁷ Schricker, GRUR 1979, 3; s. auch v. Falckenstein, II, Rdz. 3, 4; dies gilt insbesondere für den Abschluß von Verträgen unter vier Augen, z.B. bei Verkäufen „an der Haustür“.

meßfallen; sowohl vertragsrechtlich gemäß § 463 als auch deliktsrechtlich gemäß §§ 823 Abs. 1 und 2, 826 ist nur unter äußerst erschwerten Voraussetzungen die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen möglich. Die damit eröffnete Möglichkeit der Verfolgung z.B. einer arglistigen Vortäuschung des Vorhandenseins bestimmter Produkteigenschaften oder der vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung eines Käufers erfaßt nur die geradezu kriminelle Spitze eines Eisbergs. Die weitaus zahlreicheren Fälle der grobfahrlässigen Übermittlung von irreführenden kaufentscheidenden Informationen seitens der Angebotsseite bleiben ohne jede ökonomische spürbare Konsequenz.

Will man auch im Kaufrecht ein privatrechtliches Konzept der Wirtschaftssteuerung und Kontrolle von ökonomischen Austauschvorgängen verfolgen, ist nur die präventiv wirkende Drohung eines Schadensersatzanspruchs zur Förderung des Modells der privatrechtlichen Hilfe zur Selbsthilfe geeignet, das wirtschaftliche Verhalten der Anbieter nachhaltig zu beeinflussen. Die wirtschaftssteuernde Funktion eines Schadensersatzanspruchs aufgrund einer Sorgfaltspflichtverletzung der Angebotsseite bei der Vertragsanbahnung darf freilich nicht nur auf einige wenige, als besonders gravierend zu betrachtende Sachverhalte beschränkt bleiben, sondern muß gerade im Normalfall des Fehlgehens von ökonomischen Güteraustauschvorgängen infolge von irreführenden Werbeangaben eingreifen. Die Entwicklung eines derartigen durchgängigen Haftungssystems für Werbeangaben ist das Bürgerliche Recht bislang der Nachfrageseite schuldig geblieben. Die gewandelte ökonomische Situation und die Bedeutung der Vertragsanbahnung verlangen jedoch danach.

Unsere bisherige Untersuchung zeigt jedenfalls, daß die bei der Vertragsanbahnung aufgrund unrichtiger Werbeangaben entstehenden Transaktionskosten nicht dem „cheapest cost avoider“ zugewiesen werden; die Angebotsseite wird nicht aufgrund wirtschaftlicher Mechanismen angehalten, deren Auftreten möglichst weitgehend auszuschließen bzw. zu minimieren. Eine bürgerlich-rechtliche Haftung für Werbeangaben könnte aber aus ökonomischer Sicht vom Prinzip her so angelegt sein, daß aufgrund rechtlicher Bestimmungen der Anbieter mit seinen vertragsanbahnenden Bemühungen nur ein Ziel verfolgen kann: die für alle Beteiligten möglichst kostengünstige Zusammenführung seines Angebots mit der dafür im konkreten Einzelfall einen Bedarf äußernden Nachfrage. Das Bürgerliche Recht muß in einer modernen Industriegesellschaft, die zu einer immer rationaleren Verwendung der vorhandenen Ressourcen tendiert, einen Beitrag dazu leisten, daß alle absatzfördernden Tätigkeiten der Angebotsseite einer ökonomisch möglichst optimalen Bedarfsdeckung dienlich sind. Die notwendige Entwicklung und richtige Zuweisung einer Haftung an den geeigneten Kostenträger für Verstöße gegen die gebotene Sorgfalt bei der Vertragsanbahnung steht im Bürgerlichen Recht bislang noch aus; dies soll im folgenden unsere Aufgabe sein.

IV. Kapitel. Vertragsanbahnung und Erklärungshaftung

1. Die Haftung für vorvertragliches Verschulden – Culpa in contrahendo

Unsere bisherige Betrachtung des Bürgerlichen Rechts hat gezeigt, daß zur Regelung von Sorgfaltspflichtverletzungen bei der Vertragsanbahnung ein *Schadensersatzanspruch* notwendig ist; ein derartiger Anspruch ist aber weder im Anfechtungs- oder im Gewährleistungsrecht noch im Deliktsrecht anzutreffen. Untersucht man weiter das Bürgerliche Recht nach einer effizienten Haftungsgrundlage für Verhaltensweisen und insbesondere Erklärungen zu Zwecken der Vertragsanbahnung, stößt man auf das ungeschriebene Rechtsinstitut der Haftung für vorvertragliches Verschulden, nach der Terminologie seines Entdeckers Rudolf von Jhering „culpa in contrahendo“¹ genannt.

¹ S. oben die einführenden Bemerkungen, III.1. bei Fußn. 6 ff. Vgl. allgemein von Jhering, R., Culpa in contrahendo, mit einem Nachwort von E. Schmidt, unveränderter Neudruck, Bad Homburg v. d. H. 1969, S. 7 ff., 131 ff.; vgl. dazu auch Schanze, E., Culpa in contrahendo bei von Jhering, in Jus commune, Band 7, 1978, S. 326 ff.

Aus der jüngeren Literatur zur Haftung aus vorvertraglichem Verschulden vgl. den Überblick bei Kreuzer, S. If.; Larenz, Schuldrecht, AT, S. 91 ff.; ders., Methodenlehre, 4. Aufl., S. 412 ff.; Fikentscher, S. 65 f.; MünchKomm/Kramer, Einl., Schuldrecht, Rdz. 78 f.; MünchKomm/Emmerich, vor § 275, Rdz. 85 ff.; Staudinger/Löwisch, Vorbemerkung zu §§ 275–283, Rdz. 38 ff.; Bohrer, S. 97 ff.

Vgl. des weiteren die Dissertationen Barth, Der soziale Kontakt als Haftungsgrund. Ein Beitrag zur Kritik der „faktischen“ Vertragsverhältnisse, Diss. Göttingen 1947; Baumert, Tatbestand und Haftungsmaßstab der einzelnen Pflichten bei der culpa in contrahendo, Diss. Berlin 1955; Berger, Die Grenzen der Haftung für Verschulden bei Vertragsverhandlungen. Ein Beitrag zur Lehre von der culpa in contrahendo de lege lata und de lege ferenda, Diss. Göttingen 1935; Crodell, Verschulden beim Vertragsschluß, Diss., Königsberg 1925; Diers, Ersatzansprüche Dritter bei c.i.c. Kann eine Haftung für Verschulden bei Vertragsverhandlungen auch gegenüber weiteren an den Verhandlungen nicht unmittelbar beteiligten Personen begründet sein?, Diss. Münster 1962; Dömpke, Die Grundlagen und der Umfang der Haftung für Verhalten bei Vertragsverhandlungen, Diss. Königsberg 1933; Fichtner, Positive Vertragsverletzung und Verschulden beim Vertragsschluß, Diss. Heidelberg 1961; Geiss, Die Grundlagen der Haftung für das Verschulden bei Vertragsschluß und die Haftung für fremdes Verschulden bei Vertragsschluß, Diss. Göttingen 1938; Heldrich, Das Verschulden beim Vertragsschluß im klassischen römischen Recht und in der späteren Rechtsentwicklung, Leipzig 1924; Kinze, Verschulden bei den Vertragsverhandlungen, Diss. Frankfurt/Main 1937; Krause, Die Haftung für c.i.c., Dresden 1937; Lackum, Verschmelzung und Neuordnung von c.i.c. und „positive Vertragsverletzung“, Diss. Bonn 1970; Mielke, Die Voraussetzungen der Haftung des rechtsgeschäftlich bestellten Stellvertreters für c.i.c., Diss. Köln-Düsseldorf 1963; Nirk, Die Lehre von der c.i.c. in rechtsvergleichender Darstellung als kritischer Beitrag zur Lehre vom „sozialen Kontakt“, Diss. Tübingen 1951; Pilpel, Das Wesen der c.i.c. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum deutschen, englischen und israelischen Recht, Diss. Bielefeld 1967; Schlee, Vorvertragliches Fehlverhalten und der Schutz Dritter, Diss. Tübingen 1967.

Dieses Rechtsinstitut soll im folgenden einer fundierten Untersuchung unterzogen werden, um zu einer Bestimmung der Voraussetzungen der Haftung aus „culpa in contrahendo“ für vertragsanbahnende Erklärungen gelangen zu können. Dazu soll zunächst die Lehre vom gesetzlichen Schutzverhältnis und der Rechtsgrund der Haftung für vorvertragliches Verschulden näher dargelegt werden; anschließend wird auf die Unterscheidung der ökonomischen Funktion des Vertragsrechts vom Deliktsrecht und deren Bedeutung für die Haftung aus „culpa in contrahendo“ hingewiesen werden.

1.1. Die Lehre vom gesetzlichen Schutzverhältnis

Nach heute allenthalben in Rechtsprechung und Literatur geteiltem Verständnis begründet die Aufnahme von *Vertragsverhandlungen* zwischen den Parteien ein „gesetzliches“ Schuldverhältnis, das gewohnheitsrechtlich anerkannt ist, wie dies § 11 Nr. 7 AGB-Gesetz augenfällig macht. Daß es sich bei diesem Rechtsinstitut um ein „gesetzliches“, d.h. nicht auf einem rechtsgeschäftlichen oder rechtsgeschäftsähnlichen Akt, sondern auf einem ungeschriebenen Satz des objektiven Rechts beruhendes Schuldverhältnis handelt, wird in der Literatur ausdrücklich erstmalig von Ballerstedt² und vom BGH in seiner Entscheidung BGHZ 6, 330 ff. (333) hervorgehoben: „Die Haftung aus Verschulden bei Vertragsschluß ist eine solche aus einem in Ergänzung des geschriebenen Rechts geschaffenen gesetzlichen Schuldverhältnis, das aus der Aufnahme von Vertragsverhandlungen entspringt und zur verkehrsüblichen Sorgfalt im Verhalten gegenüber dem Geschäftsgegner verpflichtet.“

Ausgehend von diesem Gedanken der Haftung für das Verhalten während der Vertragsverhandlungen ist die Lehre vom gesetzlichen Schutzverhältnis aus der Taufe gehoben worden, die inzwischen zur Theorie eines einheitlichen gesetzlichen Schutzverhältnisses im Rahmen von geschäftlichen Beziehungen weiter entwickelt wurde. Grundgedanke ist dabei, daß das BGB seinem Wortlaut nach bei der Regelung von vertraglichen Schuldverhältnissen im wesentlichen nur die primären Leistungspflichten behandelt, während es die sekundären Sorgfalts-, Mitteilungs-, Aufklärungs-, Erhaltungs- und Obhuts- sowie sonstigen Nebenpflichten zwischen den Parteien weitgehend unberücksichtigt läßt.

Heinrich Stoll hat als einer der ersten im Zusammenhang mit der Behandlung von vorvertraglichen Schutzpflichten schon im Jahr 1923 auf diese Problematik hingewiesen.³ Indem er das Schuldverhältnis, genauer die schuldrechtliche Sonderbezie-

gen 1965; Sticht, Zur Haftung des Vertretenen und Vertreters aus Verschulden beim Vertragsabschluß, Diss. München 1966; Stöcker, Die Rechtsgrundlage der c.i.c., Diss. Köln 1961; Steinberg, Die Haftung für c.i.c., Diss. Bonn 1930; Unger, c.i.c. und faktisches Vertragsverhältnis, Diss. Köln 1949.

Vgl. auch die folgenden Hinweise zur Literatur und Rechtsprechung.

² Ballerstedt, K., Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluß durch Stellvertreter, AcP 151 (1950/51), 501 ff., (505).

³ Stoll, H., Haftung für das Verhalten während der Vertragsverhandlungen, Leipziger Zeit-

hung zwischen zwei Personen als einen „wandlungsfähigen Organismus“ skizzierte, machte er den Weg zur Überwindung der früher insbesondere von Franz Leonhard vertretenen Lehre frei, daß ein Schadensersatzanspruch wegen Verletzung von vorvertraglichen Pflichten nur dann zu gewähren sei, wenn es tatsächlich zum Abschluß des geplanten Vertrags gekommen ist.⁴ Stoll argumentierte demgegenüber: „Entweder gibt es besondere Rechtspflichten gegenüber dem anderen Teil schon vor Vertragsabschluß – dann müssen sie auch ohne ihn gelten, oder aber entstehen diese Rechtspflichten erst durch den Vertragsschluß – dann können sie auch nicht vor, sondern erst mit diesem wirksam werden.“⁵ Stoll stellte die Sorgfaltspflichten ausdrücklich neben die Pflicht zur sorgfältigen Erfüllung des Vertrages. Dies wird von ihm an anderer Stelle noch einmal besonders ausführlich dargelegt:

„Jedes Schuldverhältnis ist heute ein *bonae fidei iudicium*. Treu und Glauben ist der beherrschende Grundsatz, der für das Verhalten beider Parteien, des Schuldners wie des Gläubigers maßgebend ist. Das bedeutet, daß nach modernem Recht bei allen Schuldverhältnissen nicht nur die genaue Verwirklichung des positiven Leistungszieles gefordert wird, sondern auch das gesamte Verhalten der Parteien nach Treu und Glauben zu beurteilen ist. Durch das Schuldverhältnis ist unter den Parteien eine Sonderbeziehung geschaffen worden, die von unserem Recht als ein gegenseitiges Vertrauensverhältnis angesehen wird. Die Sonderbeziehung eröffnet für beide Parteien die Möglichkeit der Einwirkung auf Personen und Sachen der anderen Partei; die Folge der Treu- und Glaubensverpflichtung ist *die Pflicht, sich hier bei jeder schädigenden Einwirkung zu enthalten*. Diese Treu- und Glaubensverpflichtung *hat* notwendigerweise *ein negatives Ziel: sie soll die Gegenpartei vor Schädigungen bewahren, die sich aus der Sonderbeziehung und durch sie ergeben könnten*. Sie dient also nicht dem Leistungsinteresse, sondern dem *Schutzinteresse des Gläubigers*. Wir sprechen von *Schutzpflichten*. Die Schutzpflichten haben im einzelnen recht verschiedenen Inhalt und können trotz ihres negativen Zieles auch in positivem Tun bestehen; häufig sind sie Anzeige- und Erhaltungspflichten. Sie treten bei einem einseitigen Schuldverhältnis naturgemäß vor allem auf der Schuldnerseite in Erscheinung und beherrschen insbesondere das schuldnerische Verhalten während der Leistungsbewirkung. Aber sie liegen auch dem Gläubiger im Interesse des Schuldners ob.“⁶

schrift für deutsches Recht, XVII. Jahrgang 1923, Spalte 532 ff.; s. auch ders., Die Lehre von den Leistungsstörungen, Tübingen 1936, S. 27 ff.; ders., Vertrag und Unrecht, 4. Aufl. (1944) S. 176.

⁴ Leonhard, F., Verschulden bei Vertragsschluß, Berlin 1910, S. 58: „Es wäre nicht richtig, aus bloßen Vorverhandlungen, die nicht zum Ziele führen, eine Haftung abzuleiten. Hier fehlt das Moment, das die Parteien zur besonderen Aufmerksamkeit veranlaßt und verpflichtet. Es erwächst erst daraus, daß eine Einigung, und zwar rechtsgültig, zustande kommt.“ Ähnliches hat das RG in JW 1912, 743, ausgeführt: „Die zum Vertrag führenden Verhandlungen und der Vertragsschluß bilden ein Ganzes, dies rechtfertigt die Annahme, die für die Verhandlungen maßgebenden Pflichten zu Vertragspflichten zu machen.“

⁵ Stoll, a. a. O., Fußn. 3, Spalte 543.

⁶ Stoll, H., Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung, AcP 136, 257 ff. (288, 289); v. Thur, A., Der allgemeine Teil des bürgerlichen Rechts, München 1914, S. 62, S. 490, sprach im Rahmen der Abhandlung des „Rechtsverhältnisses der Vertragsverhandlungen“ schon insoweit von der Verletzung einer „gesetzlichen Pflicht“: „... sondern um die Nichterfüllung einer Pflicht, welche allerdings nicht aus einem Vertrag hervorgeht, wohl aber aus dem durch die Vertragsverhandlungen begründeten Rechtsverhältnis. Für die Nichterfüllung einer gesetzlichen Pflicht gegenüber einem bestimmten Gegner gilt aber nicht § 831, sondern § 278 und nicht die spezielle Verjährung des Deliktsrechts, § 852.“

In gleicher Hinsicht war auf die Unterscheidung des Leistungsanspruchs vom „Schutzanspruch“ bereits zuvor von Kress aufmerksam gemacht worden,⁷ welcher unter dem Oberbegriff des „unentwickelten Anspruchs“ sowohl die Fälle der positiven Vertragsverletzung als auch der culpa in contrahendo abgehandelt hat:⁸ „Zu der Frage, ob für die Anerkennung der Schutzverpflichtungen das Zustandekommen des Vertrages, auf welchen sich die Verhandlungen beziehen, vorauszusetzen ist, läßt sich eine sichere Stellungnahme der Rechtsprechung kaum erkennen. Die Frage ist zu verneinen; die Schutzverpflichtungen müssen, wenn ihre Verletzung Schadensersatzansprüche erzeugen soll, schon bei den Verhandlungen über den Vertrag bestehen ...“⁹

In der Fortführung dieser rechtsdogmatischen Überlegungen von Kress und Stoll haben Canaris¹⁰ und ihm folgend Thiele¹¹ die Entwicklung eines einheitlichen gesetzlichen Schutzverhältnisses dargelegt, das alle Schutzverpflichtungen, vor und nach Vertragsabschluß zwischen den Parteien und gegenüber Dritten, umfaßt, unabhängig vom Parteiwillen besteht, seine Rechtfertigung im Vertrauensgedanken findet und seine positivrechtliche Grundlage in § 242 BGB hat. Dieses Schutzverhältnis beginnt mit der Aufnahme von geschäftlichen Beziehungen und begleitet den eigentlichen Vertragszeitraum bis hin zu den nachvertraglichen Pflichten, wobei es sich jeweils inhaltlich nur um – sekundäre – Leistungsnebenpflichten handelt, die sich an den allgemeinen Schutzpflichten, nicht aber an den speziellen vertraglichen Erfüllungspflichten oder sonstigen vertraglichen Nebenpflichten orientieren. Es geht ausschließlich um die Verletzung von Schutzpflichten, die gesetzlicher Natur sind.

Ausgehend von den Fällen, in welchen die Schutzpflichtverletzung vom Schuldner nicht im vorvertraglichen Bereich, sondern nach Abschluß eines sich später als nichtig erweisenden Vertrages begangen wurde, so daß eine Haftung aus vorvertraglichem Verschulden ausscheiden muß, zeigte Canaris auf, daß eine Ablehnung der Haftung aufgrund einer Schutzpflichtverletzung offensichtlich wertungswiderprüchlich wäre. Wenn man schon vor Vertragsschluß die Existenz einer gesetzlichen Sonderbeziehung zwischen den Parteien bejaht,

⁷ Kress, H., Lehrbuch des allgemeinen Schuldrechts, S. 5, 6ff.

⁸ Kress, a. a. O., S. 578, 590ff., 592f.; vgl. in diesem Zusammenhang auch Himmelschein, J., Erfüllungszwang und Lehre von den positiven Vertragsverletzungen, AcP 135 (1932), 255ff. (290f.); Lehmann, H., Die Unterlassungspflicht im bürgerlichen Recht, S. 166.

⁹ Kress, a. a. O., S. 584.

¹⁰ Canaris, C.-W., Ansprüche wegen „positiver Vertragsverletzung“ und „Schutzwirkung für Dritte“ bei nichtigen Verträgen, JZ 1965, 475ff.; vgl. auch ders., Die Produzentenhaftpflicht in dogmatischer und rechtspolitischer Sicht, JZ 1968, 494ff., 501f.; ders., Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, S. 532ff.; s. auch Flume, W., Das Rechtsgeschäft und das rechtlich relevante Verhalten, AcP 1961 (1962) 52ff. (63).

¹¹ Thiele, W., Leistungsstörung und Schutzpflichtverletzung, JZ 1967, 449ff.; s. auch Stoll, Hans, Die Beweislastverteilung bei positiven Vertragsverletzungen, in: Festschrift für F.v. Hippel, S. 517, 527ff.; Gerhardt, W., Der Haftungsmaßstab im gesetzlichen Schutzverhältnis (positive Vertragsverletzung, culpa in contrahendo), JuS 1970, 597f.; Larenz, Schuldrecht, AT, S. 102f.; Esser/Schmidt, Schuldrecht, Bd. I, S. 41f.; s. auch oben III.1. bei Fußn. 13.

„so muß dies erst recht nach Vertragsschluß, wo die Einwirkungsmöglichkeit und damit die Vertrauensbeziehung sich noch verstärkt, der Fall sein; und ist das daraus entwickelte Schutzverhältnis vor Vertragsschluß unabhängig vom Parteiwillen, also ‚gesetzlicher‘ Natur, so muß dasselbe folgerichtig auch nach Vertragsschluß gelten ... Die Weiterentwicklung der Regeln über die c.i.c. führt also zu dem Ergebnis: auch bei Nichtigkeit oder wirksamer Anfechtung des Vertrages bleibt ein ‚Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht‘ bestehen ... die Leistungspflichten entfallen, und zwar einschließlich sämtlicher Nebenleistungspflichten (im weitesten Sinne), bei Nichtigkeit oder Anfechtung des Vertrages, während die Schutzpflichten bestehen bleiben.“¹²

Thiele hat in Fortführung dieses rechtsdogmatischen Ansatzes von Canaris den Versuch unternommen, eine schuldrechtliche Gesamtabstimmung und Einordnung der Sanktionen bei Schutzpflichtverletzungen in das übrige Haftungssystem des Zivilrechts, vor allem in das Recht der Leistungsstörungen, zu erarbeiten; er kommt dabei zu dem Ergebnis, daß die Sanktionen der Schutzpflichtverletzungen nicht von den besonderen gesetzlichen Gewährleistungsrechten, insbesondere im Kaufrecht auch nicht von § 463, verdrängt werden dürfen.¹³ Auf diese Abstimmung der Haftung wegen Schutzpflichtverletzung mit den speziellen Regeln der Leistungsstörungen werden wir später noch einmal zurückkommen müssen, wenn wir ihre inhaltlichen Voraussetzungen näher geklärt haben.¹⁴

Zunächst genügt es festzuhalten, daß jedenfalls für den Bereich der Vertragsanbahnung, für das vorvertragliche Verhältnis der Vertragsverhandlungen, unstreitig von der Existenz eines gesetzlichen Schutzverhältnisses ausgegangen werden kann,¹⁵ dessen schuldhaftes Verletzung z.B. seitens des Anbieters zu einem Schadensersatzanspruch des Nachfragers führen kann. Das ungeschriebene Rechtsinstitut der Haftung für vorvertragliches Verschulden schließt auch eine Haftung für Verhaltensweisen und Erklärungen anläßlich der Vertragsanbahnung mit ein. Schon Dern-

¹² Canaris, JZ 1965, 476, 477; differenzierend Larenz, Schuldrecht, AT, S. 102f. Die Kritik von Larenz läßt sich am besten dadurch ausräumen, daß man mit Stoll das Schuldverhältnis als einen „Organismus“ betrachtet, bei dem sich das Leistungsverhältnis und das Schutzpflichtverhältnis wechselseitig beeinflussen. Canaris erstreckt die Schutzpflichten, a.a.O., S. 477 ff., auch auf Dritte, so daß eine Schutzwirkung zugunsten Dritter im vertraglichen wie im vorvertraglichen Bereich gegeben ist; so im Ergebnis (durch Verbindung der Haftung aus vorvertraglichem Verschulden mit dem Rechtsgedanken des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte) auch der BGH, vgl. BGHZ 66, 51 ff. (Gemüseblatt); vgl. insgesamt zur Lehre vom gesetzlichen Schutzverhältnis die überblickartige Darstellung bei MünchKomm/Kramer, Einleitung, Schuldverhältnisse (vor § 241), Rdz. 74 ff., mit zahlreichen Hinweisen.

¹³ Thiele, JZ 1967, 655 f.

¹⁴ S. unten IV.4.

¹⁵ Das Problem der Ausdehnung dieses Schutzverhältnisses auch auf den vertraglichen Bereich kann im Rahmen unserer Untersuchung insoweit vernachlässigt werden, als es uns nur um die privatrechtliche Beurteilung *vorvertraglicher* Verhaltensweisen der Angebotsseite geht; s. oben I.1. Spezielle Fragen der Haftung aus p.V.V. müssen daher hier unberücksichtigt bleiben; zur Abgrenzung vgl. Huber, U., Zur Haftung des Verkäufers wegen positiver Vertragsverletzung, AcP 177, 281 ff. Der maßgebliche Unterschied besteht darin, daß bei Verletzung „vertraglicher“ Schutzpflichten Schadensersatz für das positive, bei Verletzung „vorvertraglicher“ Schutzpflichten nur für das negative Interesse verlangt werden kann.

burg¹⁶ hat diesbezüglich unter der Überschrift „Haftbarkeit durch *Anbahnung* von Rechtsgeschäften“ folgendes ausgeführt: „Werden Vertragsverhandlungen eingeleitet, so bewirken dieselben nicht selten, auch wenn sie nicht zu einem Abschluß oder zu einem gültigen Vertrag führten, eine Verantwortlichkeit wegen Vernachlässigung der den Verhandelnden bei solchen Verhandlungen obliegenden Pflichten.“

1.2. Rechtsgrund und ökonomische Funktion der Haftung für vorvertragliches Verschulden

1.2.1. Die Entwicklung der herrschenden Meinung

Oggleich die Existenz und rechtliche Notwendigkeit einer Haftung für vorvertragliches Verschulden seit ihrer Entdeckung durch R.v. Jhering in Rechtsprechung und Literatur allgemein anerkannt ist, ist bis heute der innere Grund der Haftung für die Verletzung bestimmter vorvertraglicher Schutzpflichten noch nicht zweifelsfrei geklärt. Insbesondere Frotz stellt neuerdings in Abrede, daß der materiale Grund für alle diese Pflichten in der Inanspruchnahme und Gewährung eines besonderen Vertrauens im Rechtsverkehr zu finden ist.¹⁷

Ursprünglich war bei v. Jhering der pflichtenbegründende und eine entsprechende Haftung rechtfertigende Umstand nicht das Vertrauen des Käufers, sondern die „culpa“ des Verkäufers: „Das legislative Motiv unserer Klage kann also nicht . . . in der bona fides¹⁸ des Käufers gesucht, die Klage mit der des wirklichen Käufers überhaupt gar nicht in Parallele gebracht werden. Wir müssen vielmehr uns daran halten, daß sie eine Schadensersatzklage ist . . . Die regelmäßige Voraussetzung der Verpflichtung zum Schadensersatz auf seiten des Beklagten ist die Verschuldung. Gelingt es uns bei unserer Klage, letztere nachzuweisen, so ist damit die Frage nach dem Grunde unserer Klage gelöst.“¹⁹

Haftungsgrund ist hier das Verschulden, typischerweise des Erklärenden selbst (vgl. § 122 BGB), das zu einer rechtsgeschäftlichen Fehldisposition des Erklärungs-

¹⁶ Dernburg, H., Die allgemeinen Lehren des bürgerlichen Rechts des Deutschen Reiches und Preußens, 3. Aufl., 1. Bd., S. 440 (Hervorhebung durch den Verf.); zur Verwendung des Begriffs „Vertragsanbahnung“ im Zusammenhang mit der Haftung aus vorvertraglichem Verschulden s. oben III.1. und Fikentscher, S. 65.

¹⁷ Frotz, G., Die rechtsdogmatische Einordnung der Haftung für culpa in contrahendo, in: Gedenkschrift für Franz Gschnitzer, S. 163 ff.; ders., Verkehrsschutz im Vertretungsrecht, S. 57 ff.

¹⁸ Vgl. in diesem Zusammenhang z. B. die italienische Regelung der culpa in contrahendo. Art. 1337 C.C. Trattative e responsabilità precontrattuale. Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede (c. 1175, 1366, 1375); im italienischen Recht wird jedoch die c.i.c. nach deliktsrechtlichen Regeln behandelt, s. Sconamiglio, R., Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, in: Novissimo Digesto Italiano, Turin 1976, Bd. XV, S. 670 ff.; Nirk, R., Rechtsvergleichendes zur Haftung für culpa in contrahendo, RabelsZ 18 (1953) 310 ff. (326). Kreuzer, K., Culpa in contrahendo und Verkehrspflichten, Habilitation, Freiburg 1977 (Manuskript), S. 133 ff.

¹⁹ v. Jhering, a. a. O., Fußn. 1, S. 31 (S. 34, 35 des Originals).

gegners führt. „Wenn das Gesetz dem Verkäufer ... zur Leistung des Schadensersatzes verpflichtet, so macht es ihm damit den Vorwurf: Du hättest den Vertrag gar nicht abschließen sollen, denn Du hättest das Hindernis desselben kennen müssen, durch Deine Unkenntnis ist der Gegner in Schaden gekommen.“²⁰ Gleichwohl beschränkte sich v. Jhering nicht nur auf die Regelung der Schadensersatzpflicht im Falle der Nichtigkeit von Verträgen, wie dies einige einleitende Passagen seines Aufsatzes vermuten lassen könnten: „Bei letzterem wird die culpa begangen bei der Gelegenheit eines intendirten Contractverhältnisses, der eine Teil ist dadurch in Schaden geraten, daß er einen ihm von anderen proponirten und dem äußeren Hergang nach zu Stande gekommenen Vertrag ausführte.“²¹ Obgleich seine Überlegungen, im wesentlichen von Fällen des Schadensersatzes bei Verträgen, die infolge Irrtums unwirksam waren, ausgingen, strebte er unter Heranziehung des Gedankens der kontraktlichen culpa die „prinzipielle Verallgemeinerung“²² der Schadensersatzklage, somit folglich auch die Behandlung von Fällen des Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen an:

„Der erste Schritt zum Contract ist die Offerte. Beginnt die Verpflichtung zur diligentia in contrahendo bereits mit ihr? Gewiß ...“²³ „Das Gebot der contractlichen diligentia gilt wie für gewordene so auch für werdende Contractverhältnisse, eine Verletzung desselben begründet hier wie dort die Contractsklage auf Schadensersatz.“²⁴

v. Jhering bleibt somit immer noch einer reinen Vertragstheorie verhaftet. Aber er hatte schon den Gesichtspunkt des Verkehrsschutzes erkannt:

„Ich habe oben gesagt, daß der Verkehr den Grundsatz der culpa in contrahendo gar nicht entbehren könne ...“²⁵

Wesentlich deutlicher als v. Jhering hat Heinrich Stoll die Entstehung von vorvertraglichen Pflichten schon während und vor allem auch aufgrund der Aufnahme von Vertragsverhandlungen dargelegt: „Wir haben somit den Grund für das Vorhandensein von Rechtspflichten schon im Stadium der Vertragsverhandlungen darin gefunden, daß durch das einseitige Rechtsgeschäft des Vertragsangebotes oder der Aufforderung zum Eintritt in die Vertragsbesprechungen ein Schuldverhältnis zwischen den Parteien entsteht, aus dem die verschiedenartigen Pflichten, insbesondere Sorgfalts-, Aufklärungs- und Mitteilungspflichten während der Verhandlungen vor Ver-

²⁰ v. Jhering, a. a. O.

²¹ v. Jhering, a. a. O., S. 11 (S. 7, 8 des Originals).

²² v. Jhering, a. a. O., S. 36 (S. 41 des Originals).

²³ v. Jhering, a. a. O., S. 38 (S. 43 des Originals); an dieser Stelle verweist v. Jhering jedoch sofort auf die Notwendigkeit einer „Acceptation“, ohne welche ein Schadensersatzanspruch nicht begründet sei.

²⁴ v. Jhering, a. a. O., S. 45 (S. 52, 53 des Originals); von Leonhard, a. a. O. Fußn. 4, S. 258, wird dies auch im Gegensatz zu seiner eigenen Lehre besonders hervorgehoben.

²⁵ v. Jhering, a. a. O., S. 39 (S. 44 des Originals), nach seinem Verständnis ist diese Haftung noch eine vertragliche: „Die culpa in contrahendo ist nichts als die contractliche culpa in einer besonderen Richtung“, vgl. a. a. O., S. 45.

tragsabschluß abzuleiten sind.“²⁶ Bei genauerer Betrachtung läßt sich jedoch erkennen, daß Stoll das Bestehen rechtlicher Pflichten nur ganz allgemein aus der Tatsache der Existenz eines Rechtsverhältnisses der Vertragsverhandlungen abgeleitet und gefolgert, dieses aber nicht weiter begründet hat. Die Vertragsverhandlungen bleiben hier eigentlich nur als ein Anknüpfungspunkt für die Haftung, obwohl auch Stoll schon auf die Analogie zu den §§ 122, 179 und 307 hinweist.

Einen ersten, umfassenden Überblick über die Lehre von der Haftung für c.i.c. gibt Hildebrandt, der auch als erster ein eigenes System der „Erklärungshaftung“ entwickelt hat.²⁷ Hildebrandt regt dabei an, den Gesichtspunkt der c.i.c. nur bei schuldhaften Verletzungen von Erklärungspflichten zur Anwendung zu bringen: „Die Haftung für c.i.c. ist Wissenserklärungshaftung, kurz ‚Erklärungshaftung‘.“²⁸ Als Rechtsgrund für diese Haftung erwähnt er den Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes:

„Die Parteien stehen sich nicht mehr als rechtsfremde Dritte, sondern als verhandelnde Rechtsgeschäftsbeteiligte gegenüber. Es handelt sich nicht mehr um Verletzung bloß eines ‚fremden Rechtskreises‘, sondern der (mit der Verhandlungsabsicht einer Partei geschaffenen) Sonderbeziehung zwischen den Geschäftsbeteiligten. Aus der Delikts- sind die Parteien in die Verhandlungs-, die Rechtsgeschäftssphäre eingetreten. Darum haften sie nicht sowohl nach den allgemeinen Delikts- als nach den genannten besonderen Bestimmungen. ... Dabei ist Schutzobjekt der §§ 122, 179 II, III, 307, 309 im besonderen das Vertrauen auf den Bestand des Rechtsgeschäfts.“²⁹

Bei Hildebrandt beruht der innere Grund für die „Erklärungshaftung“ auf dem Vertrauen auf den Bestand und die Gültigkeit einer Willenserklärung im rechtsgeschäftlichen Verkehr; die Einstandspflicht folgt daraus, daß jemand für die Folgen einer von ihm abgegebenen fehlerhaften Erklärung aufzukommen hat.³⁰ Daß damit jedoch nicht nur rechtsgeschäftliche, sondern auch rein tatsächliche Erklärungen gemeint sind, zeigen seine Ausführungen über die „Pflicht zur Anzeige erkennbar (möglicherweise) wesentlicher Tatsachen“, bezüglich welcher nach der konkreten

²⁶ Stoll, a.a.O., Fußn. 3, LZ Spalte 546; vgl. im gleichen Sinn auch schon v. Thur, A., Schadensersatz bei Dissens, AcP 121 (1923) 359ff.; unter Hinweis auf Planck/Siber, Vorbemerkung 4 vor § 275, sowie Raiser, R., Schadenshaftung bei verstecktem Dissens, AcP 127 (1929), 1ff., (19f.).

²⁷ Hildebrandt, H., Erklärungshaftung, ein Beitrag zum System des bürgerlichen Rechts, passim. Zur Erklärungshaftung vgl. insbesondere auch Canaris, Vertrauenshaftung, S. 532ff.

²⁸ Hildebrandt, S. 132; s. auch S. 225; „Das Verhandlungsverhältnis (c.i.c.) deckt nur Erklärungspflichten. Ein Bedürfnis für eine Ausdehnung auf selbständige Erhaltungs- und Sorgfaltspflichten besteht nicht.“ Hildebrandt behilft sich aber diesbezüglich mit der Konstruktion eines Erhaltungsvertrags, vgl. a.a.O., S. 225ff.; besonders deutlich auch zur Trennung des rechtsgeschäftlichen vom rechtlich relevanten Verhalten Flume, AcP 161 (1963) 52ff. Bei Hildebrandt deutet sich als erstes eine Unterscheidung an, auf die wir später noch näher eingehen werden, die Haftung für die Verletzung des Transaktionsinteresses (Erklärungshaftung) und die Haftung für die Verletzung des Integritätsinteresses (Erhaltungsvertrag) der an der Vertragsanbahnung Beteiligten; vgl. dazu auch Dölle, ZStW 103 (1943) 68; s. unten IV.1.3.3.

²⁹ Hildebrandt, S. 124, 125.

³⁰ Canaris, Vertrauenshaftung, S. 532.

Sachlage eine Aufklärung durch Treu und Glauben geboten erscheint:³¹ „Danach begründet das Unterbleiben der Kundgabe erkennbar oder erkannt wesentlicher Tatsachen nur dann ein Verschulden beim Vertragsschluß oder ein arglistiges Verschweigen, wenn ‚nach den Verhältnissen des einzelnen Falles‘ in Verbindung mit ‚den Anforderungen von Treu und Glauben im rechtlichen Verkehr‘, die Offenbarung erwartet werden dürfte. Dies wird insbesondere bei Fehlern der Kaufsache, regelmäßig der Fall sein ... Notwendig aber ist es nicht ... Regelmäßig beschränkt sich die Anzeigepflicht auf das für die ‚Erreichung des Vertragszwecks‘ Wesentliche.“³² Hildebrandt stellt sodann unter anderem auch auf die Beratung durch einen „Fachmann“ ab: „Insbesondere muß der Kaufmann die allgemeinen ... und besonderen ... Erfahrungsregeln seines Berufes kennen und, wenn sichtlich nötig, den Laien beraten.“³³

Hervorzuheben ist schließlich, daß Hildebrandt sein System der Erklärungshaftung aus dem Gesichtspunkt der c.i.c. ausdrücklich neben die Gewährleistungshaftung stellt, indem er darlegt, daß die Erklärungsverletzung sowohl „Eigenschaften“ im Sinne der §§ 119 Abs. 2, 459 Abs. 2 als auch alle anderen Umstände des Geschäftsgegenstandes betreffen kann, „denn die Erklärungshaftung teilt nicht die Beschränkungen des Gewährleistungsrechts ... auf Sacheigenschaften.“³⁴

Trotz dieser stellenweise schon richtungweisenden Ansätze in der älteren Literatur findet sich jedoch erst bei Ballerstedt³⁵ eine ausführlichere Begründung für die Haftung aus vorvertraglichem Verschulden, als eine Form der in der Terminologie von Canaris sogenannten „*negativen Vertrauenshaftung*“:³⁶ „Erst dieses Vertrauen auf die erklärte Absicht macht den Eintritt in Verhandlungen zu einem rechtlichen Verhältnis ... Es erscheint mir systematisch richtig, den Begriff des Rechtsgeschäfts um diese zweite Grundform: Verpflichtung durch Gewährung in Anspruch genommenen Vertrauens zu erweitern.“³⁷ Bei Ballerstedt ist jedoch das Vorhandensein aktuellen Vertrauens notwendig: „Ohne Vertrauen des Verhandlungsgegners gibt es keine Rechtsgrundlage für eine ‚Erklärungshaftung‘ im Sinne Hildebrandts.“³⁸ Auf der Seite des einen Partners, etwa der Angebotsseite, ist ein Verhalten notwendig, das nach den Grundsätzen der Redlichkeit auch nach seiner sozialen Erscheinungs-

³¹ Hildebrandt, S. 163f.

³² Hildebrandt, S. 164.

³³ Hildebrandt, S. 166; vgl. dazu aus moderner Sicht Reich, N., Schuldrechtliche Informationspflichten gegenüber Endverbrauchern, NJW 1978, 513ff.; s. unten IV.2.2.

³⁴ Hildebrandt, S. 167.

³⁵ Ballerstedt, K., Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluß durch Stellvertreter, AcP 151 (1950/51) 501ff.

³⁶ Canaris, Vertrauenshaftung, S. 5, 532ff.

³⁷ Ballerstedt, AcP 151, 506/507; damit wurde auch die Haftung für c.i.c. ausdrücklich von der Rechtsgeschäftslehre abgehoben.

³⁸ Ballerstedt, AcP 151, 506. Nach richtiger Auffassung muß jedoch genügen, daß der Erklärungsgegner vernünftigerweise auf die Richtigkeit der gegebenen Information vertrauen durfte; es geht um ein aktuelles und legitimes Vertrauen; Thiele, JZ 1967, 652; MünchKomm/Kramer, Einleitung Schuldrecht, Rdz. 78 a.E.

form geeignet ist, Vertrauen zu erwecken und auf der Seite des anderen Partners, der Nachfrageseite, die Gewährung von Vertrauen in eben dieses Verhalten.

Eng damit verwandt sind Überlegungen von Erman³⁹ und Dölle,⁴⁰ die jedoch weniger auf das gewährte Vertrauen als vielmehr auf den gesteigerten *sozialen Kontakt* zwischen den potentiellen Vertragsparteien abstellen wollen: „Die Pflicht zur Wahrung des Schutzinteresses steht ihrem Wesen nach dem Deliktsrecht – §§ 823, 826, 831 BGB – nahe, ist aber im Rahmen des Vertrages wegen der durch ihn geschaffenen gesteigerten Einwirkungsmöglichkeit auf die Schutzsphäre des Gegners ... gesteigert. Ähnliches gilt für das Stadium der Vertragsverhandlungen.“⁴¹ „Diese Feststellungen bestätigen den obenvorweggenommenen Schluß, daß es gar nicht die Vertragsverhandlungen sind, die den pflichtenerzeugenden Tatbestand konstituieren, sondern ein sozialer Kontakt, vermöge dessen eine Person zur Erreichung eines bestimmten Zwecks ihre Lebensgüter dem Einfluß und damit der Obhut und Sorgfalt einer anderen Person anvertraut, insbesondere beim Eintritt in die von einem anderen beherrschte Rechtssphäre.“⁴²

Gegen Dölle hat vor allem Larenz⁴³ eingewandt, daß ein einfacher „sozialer Kontakt“, der einem Dritten gewisse Einwirkungsmöglichkeiten auf fremde Rechtsgüter eröffnete, noch nicht ausreichen kann, um eine Haftung auch c. i. c. zu begründen, will man nicht die Unterschiede zur Deliktshaftung völlig verwischen; es muß sich vielmehr um einen Kontakt auf der Ebene des Geschäftsverkehrs handeln. Zwar beginnt eine gesteigerte Sorgfalts- und Obheitspflicht nicht erst mit der Aufnahme von konkreten Vertrags-, Verhandlungen“, sondern bereits mit „der Anbahnung des geschäftlichen Kontakts“, z. B. durch das Betreten von Geschäftsräumen; jedoch muß dies im Zusammenhang mit einem, wenn auch nur potentiellen Geschäftsabschluß („möglicher Kunde“) erfolgen. E. Schmidt⁴⁴ spricht in diesem Zusammenhang von einer „beiderseitigen Finalität“ bei der Herbeiführung des Rechtsgüterkontakts. „Sie ist bei der Anbahnung von Verträgen vorhanden, aber nicht nur bei dieser.“⁴⁵

³⁹ Erman, W., Beiträge zur Haftung für das Verhalten bei Vertragsverhandlungen, AcP 139 (1934) 273 ff.

⁴⁰ Dölle, H., Außergesetzliche Schuldspflichten, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 103 (1943) 67 ff.; Dölle knüpft dabei an Ausführungen von Haupt an, s. Haupt, G., Über faktische Vertragsverhältnisse, Leipzig 1941, S. 9 ff.; sowie Lehmann, H., Das „faktische“ Vertragsverhältnis, JherJb, Bd. 90 (1943) 131 ff. (135); vgl. auch Sack, Folgeverträge, S. 25 f., der ausdrücklich vom „sozialen Kontakt auf der Ebene des Geschäftsverkehrs“ spricht.

⁴¹ Erman, AcP 139, 274.

⁴² Dölle, ZStW 103, 68.

⁴³ Larenz, Culpa in contrahendo, Verkehrssicherungspflicht und „sozialer Kontakt“, MDR 1954, 515 ff. (517 f.); s. auch Lehmann, H., Faktische Vertragsverhältnisse, NJW 1958, 1 ff. (2 f.).

⁴⁴ Nachwort, a. a. O., Fußn. 1, S. 147 f.

⁴⁵ A. a. O., S. 147; bei dem von E. Schmidt im Anschluß an diese Bemerkung gebildeten Beispiel einer Schenkung handelt es sich jedoch auch um einen Fall der Anbahnung eines Vertrags.

Den Gedanken der Haftung für vorvertragliches Verschulden als Korrelat gewährten Vertrauens zusammenfassend, läßt sich mit Larenz und in Übereinstimmung mit der h. M. feststellen, daß der Grund für die gesteigerten Schutzpflichten im Stadium der Vertragsverhandlungen darin liegt, „daß derjenige, der mit einem anderen geschäftliche Beziehungen aufnimmt, regelmäßig erwartet, es mit einem redlich denkenden, sich loyal verhaltenden Partner zu tun zu haben, und daß diese ‚allgemeine Redlichkeitserwartung‘ den Schutz der Rechtsordnung verdient, weil ohne sie ein reibungsloser Geschäftsverkehr nicht möglich wäre.“⁴⁶

Einen völlig anderen Begründungsansatz schlägt Daum vor:⁴⁷ „Das Warenhaus wünscht den Besuch von Kunden; diese sollen auch dann, wenn sie den festen Vorsatz haben, nichts zu kaufen, durch die verlockenden Auslagen zu einem Kaufentschluß verführt werden . . . Der rechtslogische Grund für die Haftung aus culpa in contrahendo liegt also nicht in einem erweckten Vertrauenstatbestand, sondern darin, daß jemand in seinem eigenen Interesse andere zu einem bestimmten Verhalten (Besuch des Warenhauses) veranlaßt, um daraus geschäftlichen Nutzen zu ziehen.“⁴⁸

Noch weitergehende Kritik an dieser „vertrauenstheoretischen Pflichtbegründungskonzeption“ der h. M. hat Frotz geübt, der zum einen es als unverständlich darstellt, daß bei der Vertragsanbahnung das Vertrauen stärker schutzwürdig sei, als im normalen außervertraglichen Leben, „das ebenfalls recht enge Kontakte und ausgeprägtes Vertrauen kennt“, und zum anderen es ablehnt, aus einem nachträglichen Vertrauen auf die Richtigkeit einer Erklärung bei den Vertragsverhandlungen die Existenz einer Schutzpflicht schon vor Erteilung dieser Auskunft zu begründen.⁴⁹ Frotz will demgegenüber die vorvertraglichen Schuldpflichten als ein Pendant zu den privatautonomen Gestaltungsmöglichkeiten der Schutzpflichten verstanden wissen, als eine Art Einstandspflicht aufgrund „rücksichtslosen Verhaltens“ im Zusammenhang mit der Anbahnung von rechtsgeschäftlichen Kontakten.⁵⁰

⁴⁶ Larenz, Schuldrecht, AT, S. 91; ders., in: Festschrift für K. Ballerstedt, S. 415.

MünchKomm/Emmerich, vor § 275, Rdz. 85 ff.; MünchKomm/Kramer, Einl. Schuldrecht, Rdz. 78; Palandt/Heinrichs, § 276, Anm. 6; Staudinger/Löwisch (12. Aufl.) Vorbemerkung zu §§ 275–283, Rdz. 38 ff.; Nirk, R., Culpa in contrahendo – eine richterliche Rechtsfortbildung – in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in: Festschrift für Ph. Möhring zum 65. Geburtstag, München 1965, S. 385 ff.; a. A. Wolf, E., Schuldrecht, S. 509 ff.

⁴⁷ Daum, W., Der Bundesgerichtshof zum finanzierten Abzahlungskauf, NJW 1968, 372 ff.

⁴⁸ Daum, NJW 1968, 376; vgl. auch RGZ 78, 239; BGHZ 47, 224 ff. (230): „Denn er hat dem Verkäufer die Gelegenheit verschafft, gegenüber dem Käufer als seine Vertrauensperson in Erscheinung zu treten, dadurch den Käufer einem etwaigen unredlichen Verhalten des Verkäufers ausgesetzt und damit gefährdet, andererseits aber selbst von der Arbeitsleistung profitiert.“

⁴⁹ Frotz, a. a. O., Fußn. 17, S. 168 ff. (171); ders., Verkehrsschutz, S. 65; dieser zweite Einwand erinnert an die Diskussion zu Beginn dieses Jahrhunderts, als die Rechtspflichten vor Vertragsschluß noch von dem Abschluß eines nachfolgenden Vertrags abhängig gemacht wurden, vgl. dazu schon Stoll, LZ 1923, Spalte 540.

⁵⁰ Vgl. den ähnlichen Ansatz im *amerikanischen Recht*, das jedoch nicht ein der Haftung aus c. i. c. entsprechendes Rechtsinstitut kennt, Kessler/Fine, Culpa in contrahendo, Bargaining in

Der erste Einwand wurde schon vor vielen Jahren von Erman widerlegt: „Gegen diesen zweiten Grund kann man nicht geltend machen, auch z. B. gesellschaftliche Beziehungen könnten zu solchen gesteigerten Einwirkungsmöglichkeiten führen, diese hingen demnach nicht innerlich mit der Verhandlungsbeziehung als solcher zusammen. Denn nur die rechtsgeschäftlichen Beziehungen zeichnen sich durch die gesteigerte Rechtsschutzwürdigkeit aus.“⁵¹

Der zweite Einwand wird treffend von Larenz widerlegt.⁵² Erstens wird in vielen Fällen das Ersuchen um Rat und Auskunft im Rahmen der Anbahnung und Vorbereitung von Verträgen gerade als Ausdruck und Beweis für das Vorhandensein eines besonderen, auf die Durchführung von Austauschgeschäften gerichteten *Vertrauens* gewertet werden müssen; daher wird oft schon vor Erteilung einer Auskunft erkennbar z. B. seitens der Nachfrageseite gegenüber einem fachkundigen Händler ein besonderes Vertrauen gewährt. Zweitens ist, wie insbesondere auch die Ausführungen von Dölle, Daum und E. Schmidt zeigen, die aktuelle Existenz eines besonderen Vertrauens keine unverzichtbare Voraussetzung für eine Haftung aus vorvertraglichem Verschulden. „Ein solches besonderes Vertrauen ist ein zusätzliches Element für die Begründung einer Aufklärungs-, Hinweis- oder Beratungspflicht im Verhandlungsverhältnis; es ist jedoch nicht unerlässlich. Der allgemeine Grund für die Entstehung derartiger Pflichten im Verhandlungsverhältnis kann nur die Erwartung eines jeden, der in Vertragsverhandlungen eintritt, sein, sein Verhandlungspartner werde sich so verhalten, wie es unter redlichen und loyalen Partnern üblich ist und gefordert werden kann. Diese allgemeine Erwartung verdient den Schutz der Rechtsordnung, weil sie eine Voraussetzung für einen reibungslosen, nicht durch ständiges Mißtrauen gehemmten Geschäftsverkehr ist.“⁵³

In die gleiche Richtung zielen auch die Ausführungen von Welser:

„Für die Statuierung von Sorgfaltspflichten in contrahendo spricht also der Gedanke der Ökonomie des rechtsgeschäftlichen Verkehrs oder, allgemeiner formuliert, die Notwendigkeit des Aufbaues einer funktionstüchtigen, privaten Rechtsgeschäftsordnung. Vielleicht könnte auch Ballerstedt besser verstanden werden: Nicht das Vertrauen an sich begründet die Sorgfaltspflichten, sondern der Vertrauensschutz ist vom Institut des Rechtsgeschäfts her notwendig.“

Meines Erachtens muß aber zur Rechtfertigung der fraglichen Verhaltenspflichten noch ein zweiter Gesichtspunkt herangezogen werden, der die vom Aufbau der Rechtsgeschäftsordnung (der Ökonomie) her geforderte Belastung für den Pflichtigen auch zumutbar erscheinen läßt. Er verleiht zugleich dem ersten, eher allgemeinen und daher etwas gefährlichen Argument stärkere Konturen. Im Vertragsrecht erscheint die Belastung eines Partners mit besonderen Sorgfaltsanforderungen diesem m. E. deswegen zumutbar, weil das Rechtsgeschäft der Verwirklichung der von ihm verfolgten Interessen dient. Ähnlich lassen sich auch schon die vorvertraglichen Pflichten vom Pflichtigen her als Ausgleich für die Inanspruchnahme des

Good Faith and Freedom of Contract: A Comparative Study, 77 Harv.L.Rev. 401 ff., 409 f., 448: „... the classical ideas of freedom of contract and arm's length dealing are constantly good faith and fair dealing“.

⁵¹ Erman, AcP 139, 321.

⁵² Larenz, in: Festschrift für K. Ballerstedt, S. 398 f.

⁵³ Larenz, a. a. O., S. 415; s. auch ders., Schuldrecht, AT, S. 91.

Gegners zur eigenen Interessenverfolgung verstehen. Der in diesem Zusammenhang häufig kritisierten Zäsur des Vertragsschlusses sollte man etwas von ihrer Schärfe nehmen. Denn ein Interesse eines Kontrahenten verwirklicht sich nicht erst im Vertragsschluß, in einer durch diesen vermittelten Bindung des Gegners, die zur Erfüllung führen soll, sondern bereits in der Tatsache des *Kontaktes zu Geschäftszwecken*. So erreicht z. B. ein Teil durch die Anbahnung von Verhandlungen häufig, daß ihm der andere seine Meinung über ein vorgeschlagenes Geschäft kundtut. In allen Fällen liegt aber im Geschäftskontakt eine Chance, die nutzbar gemacht werden kann. Vor allem wegen dieser Chance darf schon das Vorvertragsstadium für sich, unabhängig davon, ob es zu einem Abschluß kommt, als relativ verselbständigte Zweck- oder Interessenverwirklichung eines Kontaktierenden angesehen werden. Diese Interessenverwirklichung soll und kann dadurch erreicht werden, daß sich ein Partner für den Kontakt „zur Verfügung stellt“. Dafür, daß sich dieser im Interesse des anderen mit „seinen Gütern“ freiwillig in dessen Gefahrenzone begibt oder dort aufhält, wegen dieser „intendierten Einlassung“ also, ist dem anderen quasi als „Entgelt“ die erhöhte Sorgfalt zumutbar.⁵⁴

Auf dieser Ebene meint auch Kramer die verschiedenen Begründungsansätze miteinander verbinden zu können: „Daher besteht (abgesehen von Formulierungsdifferenzen) in Wirklichkeit kein grundsätzlicher Gegensatz zwischen der ‚vertrauens-theoretischen Pflichtbegründungskonzeption‘ und der Auffassung von Frotz, wonach die vorvertraglichen Schutzpflichten als Korrelat der privatautonomen Gestaltungsmöglichkeit der Pflichtigen zu verstehen seien. Selbstverantwortung als Schranke der Privatautonomie und Vertrauensschutzgedanke sind die beiden Seiten ein und derselben Medaille!“⁵⁵

1.2.2. Der ökonomische Hintergrund

In der Tat läßt sich die Richtigkeit der Auffassung der wohl am besten von Larenz formulierten h. M. auch anhand einer ökonomischen Analyse der Haftung für vorvertragliches Verschulden bestätigen. Wenn Larenz von der „Reibungslosigkeit des Geschäftsverkehrs“ oder Welser von der „Ökonomie des rechtsgeschäftlichen Verkehrs“ sprechen, meinen sie in der Terminologie der ökonomischen Analyse des Rechts formuliert nichts anderes als die richtige rechtliche Regelung für eine möglichst optimale Allokation der Ressourcen, auch im Bereich der Vertragsanbahnung.⁵⁶ Nur eine angemessene zivilrechtliche Haftung für vertragsanbahnende Informationen kann in einer hochentwickelten Industriegesellschaft die Transaktionskosten von Austauschgeschäften senken. Dies ist ökonomisch gesprochen der Rechtsgrund für die Haftung für vorvertragliches Verschulden.

Je primitiver eine Wirtschaftsgesellschaft ist, desto weniger wird sie rechtlich das Vertrauen des einen auf die Erklärung des anderen im Rahmen der Durchführung von Austauschvorgängen schützen. „Trau, schau wem!“⁵⁷ Jeder Tauschvorgang

⁵⁴ Welser, R., Das Verschulden beim Vertragsschluß im österreichischen bürgerlichen Recht, ÖJZ 1973, 281 ff. (284 f.); (Hervorhebung durch den Verf.).

⁵⁵ MünchKomm/Kramer, Einl. Schuldrecht, Rdz. 79; s. auch v. Craushaar, G., Der Einfluß des Vertrauens auf die Privatrechtsbildung, München 1969, S. 95; Lehmann, H., JherJb, Bd. 90 (1843) S. 142, der von einer „zweckmäßigen Maßnahme der Güterverteilung“ spricht.

⁵⁶ Zur ökonomischen Analyse des Rechts s. oben III.8.

⁵⁷ Zur Bedeutung derartiger Rechtssprüche s. oben III.7., bei Fußn. 11.

muß daher notwendigerweise mit Mißtrauen, ökonomisch gesprochen mit unnötigen Kosten (z.B. der Überprüfung bzw. Rückkoppelung von Informationen oder aufgrund des Strebens nach sonstiger – insbesondere wirtschaftlicher – Absicherung von Transaktionsvorgängen, z.B. durch archaische „do ut des“-Beziehungen) belastet sein. Je höher demgegenüber ein Güteraustausch- und das mit ihm verbundene Rechtssystem entwickelt sind, je näher man folglich dem Ziel einer möglichst rationalen Verwendung knapper Ressourcen rückt, desto mehr kommt dem Recht als Ordnungs- und Kontrollinstrument zur Gestaltung von optimalen Güteraustauschvorgängen die Aufgabe der Transaktionskostenminimierung zu. Eine Senkung der volkswirtschaftlich betrachtet immer verschwendeten Transaktionskosten kann mit zivilrechtlichen Mitteln aber am besten durch die Statuierung einer Haftung für unnötige Kosten und die Zuweisung derselben an den zur Kostenminimierung am besten geeigneten Transaktionspartner bewältigt werden.⁵⁸ In dem Bemühen um *Transaktionskostenminimierung* findet daher die Haftung für vorvertragliches Verschulden ihre eigentliche ökonomische Rechtfertigung. Je weitergehend und differenzierter eine Haftung für vorvertragliches Verschulden ausgeformt ist, je stärker folglich bei ökonomischen Austauschvorgängen auch für das Gebiet der Vertragsanbahnung das „Prinzip der Rücksichtslosigkeit“⁵⁹ abgelehnt wird, desto kostengünstiger können Austauschvorgänge vorbereitet und durchgeführt werden.

Vor diesen ökonomischen Grundgedanken lassen sich die in den abweichenden Begründungsversuchen sich offenbarenden juristischen Meinungsunterschiede miteinander versöhnen. Sowohl die sich am Vertrauen orientierenden Begründungsansätze als auch der Gedanke der gesteigerten Haftung für einen gesteigerten, weil geschäftlichen sozialen Kontakt lassen sich in dem Bemühen um Transaktionskostenminimierung zusammenführen; beide Ansätze verfolgen die optimale ökonomische Gestaltung eines „möglichst reibungslosen Geschäftsverkehrs“. Hinter vermeintlich rein juristischen, rechtsdogmatischen Überlegungen steht in Wahrheit nichts anderes als fundamentale ökonomische Gesichtspunkte, die von vielen Juristen zwar mehr oder weniger intuitiv empfunden und berücksichtigt, aber mangels ökonomischer Schulung nicht rational durchdrungen werden. Die ökonomische Analyse des Rechts eröffnet hier die Möglichkeit, einen Schritt weiterzugehen und den Versuch zu wagen, scheinbar divergente juristische Argumente auf ihren gemeinsamen ökonomischen Kern zurückzuführen und damit auch den Juristen besser verständlich zu machen.

1.2.3. Der Schutz des „status quo“ und des „status ad quem“

Gewisse vermeintliche Meinungsunterschiede in der Begründung der Haftung für vorvertragliches Verschulden scheinen aber auch daraus entstanden zu sein, daß zwei sachlich verschiedene Fallgruppen der Verletzung von Interessen Dritter während der Vertragsverhandlungen nicht genügend auseinandergehalten wurden: die

⁵⁸ Weitere Einzelheiten s. oben III.8.

⁵⁹ Frotz, a. a. O., Fußn. 17, S. 174.

Verletzung des „status quo“ (Integritätsinteresse) und die Verletzung des „status ad quem“ (Transaktionsinteresse) eines potentiellen Vertragspartners.^{59a} Dölle hat unter Hinweis auf andere Stimmen in der zeitgenössischen Literatur schon im Jahr 1943 ausgeführt:

„Meist hat man zur Begründung die Lehre vom sogenannten Verschulden beim Vertragsschluß herangezogen. Diese Theorie erlaubt zwar die Annahme einer Haftung ohne Vertragsschluß, aber sie setzt andererseits mindestens die Einleitung von Vertragsverhandlungen voraus. Dagegen hat sich die Kritik gewendet. Sie bestreitet, daß es gerechtfertigt sei, danach zu unterscheiden, ob der schadenverursachende Umstand vor oder nach Beginn von Vertragsverhandlungen eingetreten sei, und sie weist darauf hin, daß solche Fälle überhaupt nicht als Verschulden beim Vertragsschluß qualifiziert werden dürften, in denen ein schuldhaftes Verhalten zwar anlässlich von Vertragsverhandlungen beobachtet worden sei, sich aber gar nicht auf den künftigen Vertragsschluß, sondern auf Dinge beziehe, die mit dem Vertragsinhalt nichts zu tun hätten, so daß der entstehende Schaden den Geschädigten nicht in seiner Eigenschaft als künftigen Vertragsgegner treffe.“⁶⁰

1.3. Die Verletzung des Integritäts- und des Transaktionsinteresses.

Zur Unterscheidung der ökonomischen Funktion des Vertragsrechts vom Deliktsrecht

In jüngster Zeit sind in der Literatur Stimmen laut geworden, die eine Systematisierung des komplexen Bereichs der Haftung für vorvertragliches Verschulden anhand der Bildung und Unterscheidung von Fallgruppen angeregt haben; damit soll auch verhindert werden, daß sich diese Schadensersatzpflicht uferlos ausdehnt.⁶¹ Häufig wird im Zusammenhang mit der Haftung aus vorvertraglichem Verschulden entweder von einem quasi-deliktsischen oder einem quasi-vertraglichen Rechtsinstitut gesprochen; die Einordnung in die unterschiedlichen Bereiche des Vertrags- oder des Deliktsrechts gilt bis heute noch nicht als endgültig geklärt.⁶² Dies ist ein

^{59a} Dieses Begriffspaar ist von den von Esser geprägten Begriffen des Integritätsinteresses und des Erfüllungsinteresses zu unterscheiden; vgl. zu letzteren Esser/Weyers, (UTB) Schuldrecht BT, S. 51, 72f.; vgl. dazu unten die Ausführungen 1.3. ff.; Transaktionsinteressen sind alle ökonomischen Interessen, die mit der Durchführung eines Güteraustausches verbunden sind („status ad quem“), Integritätsinteressen, sind Interessen die ausschließlich sich auf die Erhaltung einer gegebenen Güterzuordnung („status quo“) richten.

⁶⁰ Dölle, ZStW 103, 68; vgl. dazu auch Hildebrandt, a.a.O., Fußn. 28, der zwischen dem eigentlichen Bereich der Erklärungshaftung aus c.i.c. und der Konstruktion eines sonstigen „Erhaltungsvertrags“ unterschied.

Zur Unterscheidung des „status quo“ und des „status ad quem“ s. auch MünchKomm/Kramer, Einleitung, Rdz. 73ff.; Larenz, in Festschrift für Ballerstedt, S. 400ff.; Stoll, H., in Festschrift für v. Caemmerer, S. 437ff.

⁶¹ Hartwig, O., Culpa in contrahendo als Korrektiv für „ungerechte Verträge“, JuS 1973, 733ff. (737); Stoll, Hans, Tatbestände und Funktionen der Haftung für culpa in contrahendo, in: Festschrift für E. v. Caemmerer, 435ff. (436); Larenz, in: Festschrift für Ballerstedt, S. 400ff.; Kreuzer, S. XIII f.; vgl. so schon auch Ballerstedt, AcP 151, 503.

⁶² Vgl. dazu insbesondere v. Caemmerer, E., Wandlungen des Deliktsrechts, in: 100 Jahre deutsches Rechtsleben, Festschrift Deutscher Juristentag, Bd. II, S. 49ff., 56f.; Kreuzer, S.

Reflex der undifferenzierten Vermischung unterschiedlicher Fallgruppen, deren einer Teil rechtsdogmatisch betrachtet zumindest auf den ersten Blick die deliktsrechtliche und deren anderer Teil die vertragsrechtliche Komponente der Haftung für vorvertragliches Verschulden behandelt.

1.3.1. Transaktionsinteresse

Ausgehend von den Ausführungen von Jhering: „Das Gebot der contractlichen diligentia gilt wie für gewordene, so auch für werdende Contractsverhältnisse, eine Verletzung desselben begründet hier wie dort die Contractsklage auf Schadenersatz“,⁶³ muß als zum genuinen Bereich der Haftung für Verschulden bei den Vertragsverhandlungen gehörend die Verletzung des Transaktionsinteresses eines potentiellen Vertragspartners betrachtet werden. Es geht dabei nicht um die Erhaltung und Sicherung des status quo von Rechtsgütern, sondern um Interessen, die einen möglicherweise intendierten, jedoch erst noch zu tätigenden Güteraustausch betreffen. Es geht also um den status ad quem; Interessen, die die Vertragsanbahnung und Durchführung betreffen, deren Existenz häufig noch hypothetisch ist, erscheinen als verletzt. „Eine Haftung für culpa in contrahendo ist da begründet, wo die Interessen des anderen Teils, denen der ins Auge gefaßte Vertrag dienen sollte oder die durch diesen Vertrag berührt werden, durch schuldhaftes Verhalten bei den Vertragsverhandlungen verletzt werden.“⁶⁴ Untechnisch gesprochen: Es geht um „vorvertragliche Leistungsstörungen oder Pflichtverletzungen“, die das ökonomische Ergebnis eines möglicherweise beabsichtigten Güteraustausches betreffen. Verletztes Rechtsgut ist typischerweise das Vermögen,⁶⁵ nicht aber das Leben, die Gesundheit oder das Eigentum einer an den Vertragsverhandlungen sich beteiligenden Person oder einer Begleitperson. Als anschauliches Beispiel dafür kann eine falsche Auskunft anläßlich der Vertragsanbahnung dienen.⁶⁶ Vom BGB wird ein Teil dieser Fallgruppe in den §§ 122, 179, 307, 309 geregelt; dies bedeutet, daß sowohl verschuldensabhängige als auch verschuldensunabhängige Ansprüche eröffnet sind.

1.3.2. Integritätsinteresse

Der erste von der höchstrichterlichen Rechtsprechung entschiedene Fall der Haftung aus c.i.c., der vielbesprochene Linoleumrollen-Fall des Reichsgerichts,⁶⁷ be-

XIIIff., XXIIIff., LXXXVff.; s. auch Sack, Folgeverträge, S. 27; Schlechtriem, P. H., Vertragsordnung und außervertragliche Haftung, Frankfurt 1972, S. 32; Nirk, R., Rechtsvergleichendes zur Haftung für culpa in contrahendo, RabelsZ 18 (1953) 310ff. (352); Bohrer, S. 145ff.

⁶³ Vgl. a. a. O., Fußn. 1, S. 45 (S. 52 des Originals).

⁶⁴ v. Caemmerer, a. a. O., Fußn. 62, S. 57; s. auch Kreuzer, S. XIIIff., XXIIIff.

⁶⁵ Larenz, in: Festschrift für Ballerstedt, S. 403; Canaris, Vertrauenshaftung, S. 540, spricht hier von „Dispositionsschutz“.

⁶⁶ BGH 14. 3. 1979, WM 1979, 672; 8. 6. 1978, NJW 1978, 2145; 24. 3. 1977, JuS 1977, 762; 12. 11. 1969, NJW 1970, 653; 31. 1. 1962, NJW 1962, 1196 (Sägemaschine); vgl. weitere Fälle bei Hartwig, JuS 1973, 733; Liebs, AcP 174, 26.

⁶⁷ RGZ 78, 289.

trifft demgegenüber das Integritäts- oder wie Larenz formuliert, das „Erhaltungs“-Interesse.⁶⁸ Zur gleichen Fallgruppe zählen aus der Rechtsprechung des BGH z. B. auch der berühmte Bananenschalen-⁶⁹ sowie der Gemüseblatt-Fall.⁷⁰ Allen diesen sog. „Warenhausfällen“⁷¹ ist gemeinsam, daß im Zusammenhang mit Vertragsverhandlungen oder bei Anbahnung eines geschäftlichen Kontakts spezifische Rechtsgüter eines potentiellen Vertragspartners, seine körperliche Unversehrtheit bzw. Gesundheit oder sein Eigentum, nicht aber lediglich unspezifische Vermögensinteressen in Mitleidenschaft gezogen werden. Auf den ersten Blick handelt es sich um Fälle der Verletzung bestimmter allgemeiner Verkehrspflichten im Zusammenhang mit der Anbahnung von Verträgen, ohne daß es auf das Vorliegen eines speziellen Vertrauens des Verletzten ankommt. Schon das Reichsgericht hatte im Linoleumrollen-Fall judiziert:

„W. war in Vertretung der Beklagten (§ 164 BGB, § 54 HGB) in Kaufverhandlungen mit der Klägerin getreten. Die Klägerin hatte um Vorlegung eines Linoleumteppichs ersucht, den sie ansehen und kaufen wolle. Dem Ersuchen ist W. nachgekommen, um einen Kauf zustande zu bringen. Antrag auf Vorlegung des Teppichs und Annahme des Antrags bezweckten die Hervorbringung eines Kaufs, also eines rechtsgeschäftlichen Erfolges. Dies war kein bloß tatsächlicher Vorgang, wie ihn etwa eine reine Gefälligkeitshandlung darstellen würde, sondern es entstand ein den Kauf vorbereitendes Rechtsverhältnis zwischen den Parteien, das einen vertragsähnlichen Charakter trägt und insofern rechtsgeschäftliche Verbindlichkeiten erzeugt hat, als dem Verkäufer, wie dem Kauflustigen die Pflicht erwuchs, bei der Vorlegung und der Besichtigung der Ware die gebotene Sorgfalt für die Gesundheit und das Eigentum des anderen Teiles zu beobachten.“⁷²

Diese Fallgruppe der Verletzung von Lebensgütern bzw. des Eigentums eines potentiellen Kunden anlässlich eines geschäftlichen Kontakts kann als die deliktsrechtliche Komponente der Haftung für c.i.c. verstanden werden. Es geht um die Verletzung des Integritätsinteresses. Dogmatisch betrachtet liegt eine „Deliktshaftung nach vertraglichen Grundsätzen“ vor.⁷³ Von der Literatur ist deshalb immer wieder angeregt worden, diese Fallgruppe ausschließlich dem Deliktsrecht zuzuordnen;⁷⁴ andererseits wird jedoch betont, daß dies beim gegenwärtigen Stand der

⁶⁸ Larenz, in: Festschrift für Ballerstedt, S. 400; s. auch Kreuzer, S. 41 ff.

⁶⁹ BGH 26. 9. 1961, NJW 1962, 31.

⁷⁰ BGH 28. 1. 1976, NJW 1976, 712; vgl. dazu die Anmerkung von Kreuzer, JZ 1976, 778 ff.; auch Kreuzer spricht von „Integritätsinteresse“.

⁷¹ Vgl. dazu MünchKomm/Kramer, Einl., Schuldrecht, Rdz. 83; MünchKomm/Emmerich, vor § 275, Rdz. 152 ff.

⁷² RGZ 78, 239 (240); Canaris, Vertrauenshaftung, S. 540; Canaris will daher in diesen Fällen von „Anvertrauenshaftung“ sprechen.

⁷³ Kreuzer, JZ 1976, 778.

⁷⁴ v. Caemmerer, in: Festschrift Deutscher Juristentag, S. 56 ff.; Kreuzer, S. XXIII ff., XVIII ff.; Kreuzer spricht insoweit von „nichtvertragsbezogenen vorvertraglichen Pflichten“; s. auch Huber, AcP 177, 319 f.; ders., in: Festschrift für v. Caemmerer, 1978, S. 865 f.; Stoll, Hans, Die Beweislastverteilung bei positiven Vertragsverletzungen, in: Festschrift für F. v. Hippel, Tübingen 1967, S. 517 ff. (527 f.); ders., in: Festschrift für v. Caemmerer, 1978, S. 435 ff.; vgl. auch Lorenz, W., Das Problem der Aufrechterhaltung formnichtiger Schuldver-

Entwicklung des deutschen Deliktsrechts aus rein pragmatischen Erwägungen noch nicht möglich ist.⁷⁵ Auch wenn es sich bei diesen Schutzpflichten aus geschäftlichem bzw. sozialem Kontakt um genuin deliktische Pflichten handeln sollte, könnte das Deliktsrecht die aufgeworfenen Probleme doch nicht angemessen lösen.⁷⁶ Es fehlt an einer ausreichenden Gehilfenhaftung und an einer sich entsprechend der jeweils gegebenen Risikozuweisung orientierenden Beweislastverteilung;⁷⁷ eine den §§ 278 und 282 adäquate deliktische Regelung ist bislang vom deutschen Gesetzgeber noch nicht geschaffen worden. Rechtsdogmatisch betrachtet mag zugegebenermaßen „die Leugnung des wahren Charakters solcher Pflichten mit Rücksicht auf ihre konstruktive Einbettung in irgendwelche Sonderverbindungen“ ... kein Ruhmesblatt der deutschen Zivilrechtsdogmatik sein;⁷⁸ für die Rechtspraxis ist jedoch die Anwendung der Haftungsprinzipien der c.i.c. auch für die „Warenhausfälle“ eine unverzichtbare Notwendigkeit.

Daß zudem sehr wohl ein Unterschied zur Haftung wegen unerlaubter Handlungen gemäß §§ 823 ff. besteht und eine innere Rechtfertigung für eine Heranziehung der Haftung für vorvertragliches Verschulden existiert,⁷⁹ läßt sich am besten anhand der differenzierenden Betrachtung eines Beispielfalles erkennen.

Ausgehend von dem Verständnis der h.M. in Rechtsprechung und Lehre,⁸⁰ daß auch die „Warenhausfälle“ unter der Heranziehung des Rechtsinstituts der c.i.c. zu lösen sind, bereitete es schon immer Schwierigkeiten, eine genauere Abgrenzung zur deliktischen Haftung gegenüber jenen Personen zu treffen, die außerhalb eines rechtsgeschäftlichen Kontakts sich in einem Warenhaus aufhalten; v. Caemmerer führte hierzu aus:

„Fällt in der Halle eines Warenhauses ein von dessen Angestellten nicht mit hinreichender Sorgfalt befestigtes Reklameschild herunter, so sollte es für die Haftung des Warenhauses gleichgültig sein, ob ein Besucher verletzt wird, der etwas kaufen will, der gerade etwas kauft oder schon etwas gekauft hat. Es dürfte auch nichts ausmachen, ob anstatt der Kundin selbst ein Kind, das sie bei sich hatte, verletzt wurde oder eine Bekannte, die die Kundin lediglich begleiten wollte, oder ob der Briefträger oder ein Buchprüfer des Finanzamtes von dem

trüge, AcP 156, 381 ff., 406: „So zeigen die ‚faktischen Vertragsverhältnisse kraft sozialen Kontakts‘ ... nicht mehr als die soziale Unzulänglichkeit des § 831.“

⁷⁵ Statt vieler Canaris, Vertrauenshaftung, S. 540; MünchKomm/Kramer, Einl., Schuldrecht, Rdz. 83 a.E.

⁷⁶ A. A. Kreuzer, S. 174 ff., 190 ff.; Kreuzer übersieht dabei die Bedeutung des haftungsverkürzenden Effekts des § 831 sowie das Fehlen einer Beweislastumkehr analog § 282 für die Praxis; die von ihm vorgeschlagene restriktive Auslegung des § 831 wird von den Gerichten keineswegs als im Regelfall gültig betrachtet. Andernfalls wäre es auch kaum verständlich, warum immer noch eine Reform des § 831 angestrebt wird, vgl. dazu Kreuzer, S. 205 ff.; außerdem fehlt im Deliktsrecht eine praktikable Haftung für eine reine Vermögensschädigung. Zur Problematik der Funktionsaufteilung im Gewährleistungsrecht s. oben III.7.1.8.

⁷⁷ Vgl. allgemein dazu Stoll, Hans, Haftungsverlagerung durch beweisrechtliche Mittel, AcP 176, 145 ff.

⁷⁸ Stoll, AcP 146, 151 (Fußn. 21 a.E.).

⁷⁹ Gerade dies wird von Kreuzer, S. 179 ff. in Abrede gestellt.

⁸⁰ S. oben bei Fußn. 17 ff., (46).

herabfallenden Schild getroffen wurden. Wenn freilich das Schild einem nächtlichen Einbrecher oder einem Warenhausdieb auf den Kopf fiel, bei dem man nun feststellt, daß seine Taschen mit gestohlenen Waren gefüllt sind, ist anders zu entscheiden.“⁸¹

Auch bei Larenz findet sich diese Unterscheidung:

„Man mag hier sehr wohl von einer objektiven Verantwortlichkeit für den eigenen Geschäftsbereich sprechen, darf aber nicht übersehen, daß diese gerade nur dem Geschäftspartner gegenüber besteht. Warum? Im Verhältnis zum Geschäftspartner rechnet sich der ‚Schuldner‘ die Tätigkeit seines Gehilfen wie seine eigene zu; er läßt sie sich regelmäßig dementsprechend vergüten. Wenn ihm aber im Verhältnis zu seinem Geschäftspartner die Tätigkeiten seines Gehilfen wie seine eigene zugute kommt, ist es auch gerecht, daß er ein Versehen des Gehilfen bei dieser Tätigkeit wie ein eigenes zu vertreten hat. Denn andernfalls würde die Zuziehung eines Gehilfen, falls er nur sorgfältig ausgesucht und hinreichend überwacht würde, zu Lasten des Geschäftsgegners gehen, wenn einmal ein Versehen vorkommt. Wer aber den Vorteil von der Zuziehung des Gehilfen (in Gestalt der Erweiterung seines geschäftlichen Wirkungsbezugs) hat, soll dadurch nicht das Risiko seines Geschäftspartners vergrößern. Er muß diesem für jede Unachtsamkeit eintreten, mag sie nun bei ihm oder bei dem von ihm zugezogenen Gehilfen vorliegen. In den Fällen nun, von denen hier die Rede ist, hat der Inhaber der Räume ein geschäftliches Interesse daran, daß sie von Kunden oder von Kaufinteressenten (als ‚möglichen Kunden‘) betreten werden, weil auf diese Weise regelmäßig auch Geschäftsabschlüsse zustandekommen. Dieses geschäftliche Interesse des Inhabers ist m. E., das es rechtfertigt, ihm den möglichen Kunden – und nur diesen! – gegenüber eine Verantwortlichkeit für deren Sicherheit innerhalb seiner Räume aufzuerlegen, die über die allgemeine deliktische Verantwortlichkeit (aufgrund der ‚Verkehrssicherungspflicht‘) hinausgeht.“⁸²

Aufgrund dieser Überlegungen werden Personen, die ohne jegliche Kaufabsicht sich in bestimmten Geschäftsräumen aufhalten, nicht vom Schutzbereich der Haftung für vorvertragliches Verschulden erfaßt; es fehlt an dem dafür notwendigen „geschäftlichen Kontakt“.⁸³ Deshalb kann nur derjenige Ansprüche aus c.i.c. geltend machen, der als *möglicher Kunde* oder Gast ein Geschäftslokal bzw. ein Gast-

⁸¹ v. Caemmerer, in: 100 Jahre deutsches Rechtsleben, II. Bd., S. 58.

⁸² Larenz, MDR 1954, 518; vgl. insoweit auch Daum, NJW 1968, 376.

⁸³ MünchKomm/Emmerich, vor § 275, Rdz. 142; Palandt/Heinrichs, § 276, Anm. 6a; Staudinger/Löwisch, Vorbemerkung zu § 275, Rdz. 42ff.; Larenz, Schuldrecht, AT, S. 95; Hohloch, G., Vorvertragliche Haftung nach c.i.c.-Grundsätzen auch zugunsten Dritter?, JuS 1977, 302f.; Nirk, in: Festschrift für Möhring (1965), S. 392f.

Vgl. auch BGH 26. 9. 1961, NJW 1962, 31 ff. (32): „Der rege Publikumsverkehr in einem Warenhaus erfordert es, daß der Unternehmer mit besonderer Sorgfalt Vorkehrungen dafür trifft, daß die häufig abgelenkten Besucher nicht durch Glätte des Fußbodens oder durch auf dem Boden liegende Gegenstände zu Fall kommen. Liegt auf dem Fußboden des Verkaufsraums eine Bananenschale, über die Besucher leicht gefährlich fallen können, so ist eine solche Gefahrenquelle zunächst genauso dem Gefahren- und Organisationsbereich des Warenhauses zuzuordnen, wie es entsprechend zu Lasten des Gastwirts angenommen worden ist, in dessen Gasträumen Speisereste auf dem Boden lagen, über die ein Gast fiel ... Dabei ist die Umkehrung der Beweislast auch dann gerechtfertigt, wenn der Besucher noch keinen Vertrag geschlossen hat, sondern zum Zwecke des Vertragsabschlusses den Raum betrat (culpa in contrahendo). Der Kunde, der sich mit dem Ziel eines Vertragsabschlusses in die vom Warenhaus beherrschte Sphäre begibt, hat schon von dem Augenblick an, in dem er das Warenhaus betritt, Anspruch auf vertraglichen Schutz seiner persönlichen Sicherheit.“; vgl. auch BGHZ 66, 51 (54f.).

haus betritt. Ein Bettler, der ein Warenhaus oder eine Gaststätte nur aufsucht, um sich vor dem Regen unterzustellen, ein Dieb, der in einem Geschäftslokal seinen schädlichen Neigungen folgen will, ein Gerichtsvollzieher, der beim Prinzipal eine Lohnpfändung gegen einen Angestellten ausbringen möchte, werden demgegenüber nicht durch die in Relation zum Deliktsrecht gesteigerte Haftung aus c.i.c. geschützt.

Diese Unterscheidung mag auf den ersten Blick geradezu willkürlich erscheinen, vor allem dann, wenn man als Rechtsgrund der Haftung für vorvertragliches Verschulden die Existenz einer Art vertragsrechtlicher Verkehrssicherungspflicht im Zusammenhang mit einem gesteigerten sozialen Kontakt betrachtet.⁸⁴ Anhand einer ökonomischen Analyse⁸⁵ dieses Problems läßt sich jedoch die Richtigkeit der Problemlösung der h.M. verifizieren.

1.3.3. Die Unterscheidung der ökonomischen Funktion des Vertragsrechts vom Deliktsrecht

Obwohl die Unterscheidung des Vertragsrechts vom Deliktsrecht gleichermaßen in allen Rechtsordnungen zum klassischen Bereich juristischer Differenzierungen gehört, ist im deutschen Zivilrecht die Zuweisung von bestimmten Fallgruppen an die eine oder andere rechtliche Kategorie rechtsdogmatisch äußerst umstritten. Dies gilt nicht nur für die Behandlung der unterschiedlichen Fälle, die jeweils entweder das Transaktionsinteresse oder das Integritätsinteresse eines Geschäftspartners im Rahmen der Haftung für vorvertragliches Verschulden berühren, sondern für die Produzentenhaftung, und in bestimmten Fällen auch für die Haftung aus positiver Vertragsverletzung.⁸⁶ Diese vertrags- bzw. deliktsrechtlichen Institute wurden von Lehre und Rechtsprechung in erster Linie deswegen entwickelt, weil die Behandlung der davon betroffenen Fälle ausschließlich anhand der traditionellen Regeln des Deliktsrechts⁸⁷ vom Ergebnis her betrachtet allgemein als unbillig empfunden worden ist. Aus Erwägungen der Billigkeit wurden von Wissenschaft und Praxis zum Teil gewagte schuldrechtliche Konstruktionen entworfen, um in bestimmten Schadensfällen den Geschädigten einen vertragsrechtlichen bzw. quasi-vertraglichen Schadensersatzanspruch anstatt eines regelmäßig faktisch leerlaufenden deliktsrechtlichen Anspruchs zu eröffnen. Die rechtsdogmatische Begründung für diese Konstruktion bleibt dabei hinter deren praktischer Notwendigkeit zurück und muß auch heute noch, da viele dieser Institute schon als Gewohnheitsrecht empfunden werden, als noch nicht endgültig geklärt betrachtet werden.⁸⁸

⁸⁴ Vgl. insbesondere Dölle, a. a. O., Fußn. 40; MünchKommB/Z, vor § 275 Rdz. 142.

⁸⁵ S. oben III.8.1. ff.

⁸⁶ Zu letzterem vgl. statt vieler Evans-v. Krbek, Nichterfüllungsregeln auch bei weiteren Verhaltens- und Sorgfaltspflichtverletzungen, AcP 179 (1979), 85 ff.; vgl. dazu unten IV.1.3.5. (Exkurs).

⁸⁷ Für den Bereich der Produzentenhaftung würde dies bedeuten, ohne jegliche Beweislastumkehr auskommen zu müssen; anders aber BGHZ 51, 91 – Hühnerimpfstoff.

⁸⁸ Vgl. dazu vor allem Evans-v. Krbek, AcP 179, 85 ff.

Aus ökonomischer Sicht kann dazu unter Heranziehung der ökonomischen Analyse des Rechts⁸⁹ durch die Berücksichtigung der unterschiedlichen Funktionen des Vertrags- und des Deliktsrechts ein zumindest partikulär klärender Beitrag geleistet werden, der im Ergebnis auch, allerdings mit gewissen Ausnahmen hinsichtlich der Produzentenhaftung, die von der h.M. aufgrund rein rechtsdogmatischer Überlegungen gefundenen Ergebnisse bestätigen und noch weiterführend untermauern kann.

1.3.3.1. *Ökonomische Funktion des Vertragsrechts*

In der Sicht der ökonomischen Analyse des Rechts dient das Vertragsrecht vor allem der Senkung von Transaktionskosten zur Erleichterung von Vertragsverhandlungen sowie allgemein der Förderung der möglichst kostengünstigen Durchführung von Austauschvorgängen; das Deliktsrecht soll demgegenüber die Minimierung von Unfallkosten und die Prävention von Schadensvorfällen verfolgen.⁹⁰ Entsprechend dieser differenzierten ökonomischen Ausrichtung enthalten folglich Vertragsrecht und Deliktsrecht jeweils unterschiedliche Rechtsfiguren, z. B. der Haftung für das Verhalten Dritter, der Beweislastverteilung sowie ganz allgemein des Rechtsgüterschutzes. Das Vertragsrecht ist auf die kontrollierende und fördernde Organisation des *Austausches von Wirtschaftsgütern* ausgerichtet; es ist daher dynamisch und ordnet bzw. kontrolliert gleichermaßen wirtschaftliche wie rechtliche Vorgänge, die den Gütertausch betreffen bzw. mit diesem eng zusammenhängen. Es dient aktiv der Veränderung der Güterzuordnung; es geht um den „status ad quem“. Dies gilt einerseits sowohl für die Haupt- als auch für die Nebenpflichten, andererseits sowohl für vertragliche („pacta sunt servanda“) als auch für vorvertragliche (Haftung aus c.i.c.) Pflichten. Der Vertragsschluß selbst dient daher aus ökonomischer Sicht im wesentlichen nur zur Begründung einer Pflicht, die auf Erfüllung, d. h. schadensersatzrechtlich gesprochen, auf den Ersatz des positiven Interesses gerichtet ist; vor dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses kann nur das negative Interesse der Parteien berührt sein. Gleichwohl können ökonomisch relevante vorvertragliche, d. h. noch vor dem endgültigen Abschluß eines Vertrags liegende Verhaltensweisen oder Erklärungen nicht als rechtsgeschäftlich völlig irrelevant betrachtet und daher dem Deliktsrecht zur Kontrolle zugewiesen werden. Die Vertragsanbahnung ist von der Natur der Sache her sowie aufgrund ökonomischer Erkenntnisse zu eng mit einem, wenn auch nur potentiellen Vertragsabschluß verknüpft, als daß sie nicht den Regeln der Rechtsgeschäftslehre in zumindest analoger Art und Weise unterstellt werden müßte. Der Transaktionsvorgang beginnt nicht erst mit dem Vertragsabschluß, sondern bereits schon mit dem ersten geschäftlichen Kontakt zwischen potentiellen Transaktionspartnern; will das Vertragsrecht und insbesondere das Kaufrecht das Geschehen des ökonomischen Güteraustausches *umfassend* kontrollieren und regeln, muß es daher auch bereits im Stadium der

⁸⁹ Vgl. Posner, S. 41 ff., 66 ff.; Horn, AcP 176, 319 ff., 324 ff.; Assmann/Kirchner/Schanze, S. 41 ff.

⁹⁰ Vgl. a. a. O., Fußn. 89.

Vertragsanbahnung rechtliche Standards und Direktiven anbieten, deren Verletzung entsprechend *rechtsgeschäftlicher Überlegungen* angemessen sanktioniert sein muß. Die alte, aber immer wieder durchschimmernde Lehre, daß rechtsgeschäftliche Regeln erst vom Zeitpunkt des Abschlusses eines Rechtsgeschäfts, d. h. von dem Moment einer konsensualen Einigung ab Gültigkeit haben dürfen, muß endlich überwunden werden. Dem komplexen wirtschaftlichen Vorgang der Vorbereitung und Durchführung eines Güterauswechsels muß ein entsprechend umfangreiches und regelungstechnisch adäquates rechtliches Kontroll- und Ordnungssystem an die Seite gestellt werden.

Insoweit sollte folglich das auf privatautonomer Gestaltung beruhende und sich auf ökonomische Austauschvorgänge richtende Schuldverhältnis schon ab Beginn der Vertragsanbahnung als ein lebender und wandlungsfähiger Organismus im Sinne von Heinrich Stoll verstanden werden,⁹¹ das so elastisch und dennoch detailliert genug ausgestaltet ist, damit allen daraus resultierenden ökonomischen Anforderungen auch rechtlich genügend Rechnung getragen werden kann.

1.3.3.2. *Ökonomische Funktion des Deliktsrechts*

Das Deliktsrecht ist zumindest primär im Gegensatz zum Vertragsrecht nicht auf die Organisation des Austausches von Wirtschaftsgütern bedacht.⁹² Es ist nicht dynamisch, sondern vielmehr statisch bewahrend; der „status quo“ einer bestimmten Rechtsgüterzuweisung soll gesichert werden. Transaktionsvorgänge werden nur im Zusammenhang mit unerlaubten Eingriffen sowie deren Wiedergutmachung, Rückabwicklung und künftiger Prävention relevant. Die ökonomische Analyse des Rechts wird hier von der Fragestellung nach einer möglichen Minimierung der volkswirtschaftlichen Kosten von rechtswidrig schädigenden Verhaltensweisen sowie deren richtige Distribution und Kompensation beherrscht.⁹³ Die Frage der Förderung der instrumentalischen Funktion des Zivilrechts, bestimmte Wirtschaftssubjekte zu einem möglichst effizienten ökonomischen Verhalten in Tauschsituationen anzuhalten, wird daher gerade nicht aufgeworfen.⁹⁴ *Das Deliktsrecht hat somit eine geradezu inverse ökonomische Funktion zum Vertragsrecht.* Das Vertragsrecht will den geordneten Austausch von Gütern ermöglichen, kontrollieren und fördern, das Deliktsrecht Transaktionsvorgänge, die auf unerlaubten Eingriffen beruhen, möglichst ausschließen bzw. rückabwickeln. Deliktsrechtlich betrachtet entsteht erst durch eine unerlaubte, d. h. gerade nicht von einem Konsens getragene Verletzungs-

⁹¹ S. oben bei Fußn. 3; vgl. so auch schon Hildebrandt, S. 124: „Die Parteien stehen sich nicht mehr als rechtsfremde Dritte, sondern als verhandelnde Rechtsgeschäftsbeteiligte gegenüber. Es handelt sich nicht mehr um Verletzung bloß eines ‚fremden Rechtskreises‘, sondern der (mit der Verhandlungsabsicht einer Partei geschaffenen) Sonderbeziehung zwischen den Geschäftsbeteiligten. Aus der Delikts- sind die Parteien in die Verhandlungs-, die Rechtsgeschäftssphäre eingetreten. Darum haften sie nicht sowohl nach den allgemeinen Delikts- als nach den genannten besonderen Bestimmungen.“

⁹² S. Weyers, Unfallschäden, S. 481 ff.

⁹³ Horn, AcP 176, 324 f.

⁹⁴ S. oben III.8. bei Fußn. 17 ff.

handlung zwischen bestimmten Parteien eine besondere ökonomische Beziehung, die auf die Wiederherstellung eines „status quo ante“ gerichtet ist. Vertraglich bzw. quasi-vertraglich betrachtet, wird von den Parteien mit Aufnahme des ersten geschäftlichen Kontakts die Herbeiführung einer Einigung im Hinblick auf die Durchführung eines Güteraustausches angestrebt. Die vom Deliktsrecht beurteilte ökonomische Sonderbeziehung zwischen den Parteien entsteht im Rahmen einer unfreiwilligen, nicht vom Konsens getragenen Kontaktaufnahme; die vom Vertragsrecht beherrschte, aufgrund freiwilligen, final auf die einvernehmliche Abwicklung eines Austauschvorgangs ausgerichteten geschäftlichen Kontakts.

1.3.3.3. Die ökonomische Sonderbeziehung: Der Deckungsbeitrag

Der vertragsrechtlichen bzw. quasi-vertraglichen rechtlichen Sonderbeziehung zwischen den Transaktionspartnern entspricht auch eine ökonomische Sonderbeziehung. Jeder Käufer z. B. vergütet mit der Entrichtung seines Kaufpreises dem Verkäufer nicht nur dessen Hauptleistung, etwa die Übereignung einer Ware, sondern auch sämtliche Nebenleistungen, Beratung, Information, Werbung desselben, die mit diesem Transaktionsvorgang zusammenhängen. Betriebswirtschaftlich gesprochen leistet jeder Käufer mit der Bezahlung eines Kaufpreises einen Deckungsbeitrag⁹⁵ zu den allgemeinen Handelsbetriebskosten eines Verkäufers auf der Handelsebene, d. h. er bezahlt im Endeffekt der Angebotsseite im Regelfall⁹⁶ auch diejenigen Kosten, die dieser durch ihre Bemühungen um eine Vertragsanbahnung und um einen Geschäftsabschluß mit der Nachfrageseite entstehen. Die betriebswirtschaftlichen Kosten jeder Werbemaßnahme müssen von dem anbietenden Unternehmen auf dem Markt wieder verdient werden. Die Nachfrageseite bezahlt also bei vertragsrechtlichen Beziehungen über die Entrichtung des Kaufpreises an die Angebotsseite, d. h. an Produktion und Handel, deren *Aufwand zur Vertragsanbahnung*; sie „kauft“ mithin nicht nur eine Ware, sondern auch alle damit verbundenen Aktivitäten der Absatzförderung von der Angebotsseite. Weil sie diese Dienstleistungen dem Verkäufer zumindest nachträglich vergütet, d. h. entsprechend der Natur des Flusses der ökonomischen monetären und realen Ströme vergüten muß, steht sie zu diesem in einer wesentlich engeren ökonomischen Beziehung, als dies gegenüber einem unerlaubterweise verletzend in ihre Rechtsgütersphäre eingreifenden Dritten der Fall sein kann. Dieser muß, unterstellt, es handelte sich um eine schuldhaft

⁹⁵ Zur Deckungsbeitragsrechnung s. Tietz, Handwörterbuch der Absatzwirtschaft, Stichwort: Deckungsbeitragsrechnung im Handel, S. 433 ff.; sämtliche Handelsbetriebskosten, d. h. die Fixkosten sowie die variablen Gesamtkosten eines Handelsunternehmens müssen auf dessen zum Verkauf stehende Waren angemessen verteilt und diesen als ein preiserhöhender Kostenfaktor zugeschlagen werden; s. dazu auch Lehmann, GRUR Int. 1977, 136 (Preiskalkulation und Deckungsbeitragsrechnung des Handels). Entsprechendes gilt ebenso für jedes Produktionsunternehmen, das über die Preise seine Produktionsnebenkosten (z. B. für Werbung und public-relations) auf dem Markt wieder verdienen muß.

⁹⁶ D. h. wenn die Angebotsseite nach erwerbswirtschaftlichen Prinzipien mit Gewinn arbeitet; Ausnahmen ergeben sich z. B. nur bei Verlustverkäufen oder Konkursfällen; dies kann hier vernachlässigt werden.

Verhaltensweise, unter Umständen nach deliktsrechtlichen Vorschriften Schadensersatz leisten; ein über diese rechtliche Pflicht hinausgehender sonstiger ökonomischer Berührungspunkt zwischen den Parteien existiert nicht.

Die Aktivität der Vertragsanbahnung, des Vertragsabschlusses und des die rechtliche Güterzuordnung verändernden Austausches von Wirtschaftsgütern wird demgegenüber seitens der Nachfrageseite der Angebotsseite aufgrund freiwilliger, d.h. privatautonomer Vereinbarung bezahlt. Es ist daher wesensnotwendigerweise dieser *ökonomischen Sonderbeziehung* auch eine entsprechende *rechtliche Sonderbeziehung* zuzuordnen, die sich deutlich vom Deliktsrecht abhebt. Dieses Postulat gilt nicht nur für die eigentliche Vertragsdurchführung, etwa ab Vertragsabschluß, sondern auch schon für den Bereich der Vertragsanbahnung, denn schon diesbezüglich ist eine ökonomische Sonderbeziehung zwischen den potentiellen Transaktionspartnern existent. Zumindest makroökonomisch aggregiert betrachtet, muß die Nachfrageseite durch die Gesamtheit ihrer Käufe alle auf der Angebotsseite anfallenden Kosten, d.h. auch alle Ausgaben für die Vertragsanbahnung und Werbung der Angebotsseite bezahlen.

Jeder Kunde, der einen Geschäftsabschluß, z.B. in einem Kaufhaus, tätigt, bezahlt damit nicht nur die konkrete Ware, die er erwirbt, sondern trägt zugleich auch zur Deckung der regelmäßigen fixen Kosten des Geschäftsbetriebs, z.B. der Gehälter und Mieten, bei. Bei einer betriebswirtschaftlich ordnungsgemäßen Kalkulation enthält typischerweise jeder Kaufpreis für eine bestimmte Ware neben dem reinen Warenpreis zugleich auch einen angemessenen Anteil der allgemeinen Handelsbetriebs- bzw. Produktionsnebenkosten, denn diese müssen richtigerweise auf alle Waren umgelegt werden. Allein daraus lassen sich z.B. die Preisunterschiede zwischen einem Selbstbedienungswarenhaus oder einem Fachgeschäft, das streng das personalkostenintensive Bedienungsprinzip verfolgt, erklären.⁹⁷ Jeder kaufende Kunde zahlt somit zumindest anteilmäßig z.B. auch die Serviceleistung der Handlungsgehilfen, die ihm im Zusammenhang mit der Anbahnung und Durchführung von Geschäftsabschlüssen gewährt werden.

Entsprechendes gilt makroökonomisch sinngemäß auch für den nur „möglichen Kunden“, der vielleicht das erste Mal noch nichts kauft, gleichwohl aber schon die Service- und Beratungsfunktionen eines Einzelhändlers für sich in Anspruch nimmt. Ökonomisch betrachtet ist nämlich nicht nur der wirkliche, sondern auch jeder „mögliche Kunde“ zumindest potentiell gewillt, einen Deckungsbeitrag zu den Kosten des gemäß den Grundsätzen der c.i.c. haftenden Unternehmens zu leisten. Der kaufende Kunde befindet sich zusammen mit dem nur „möglichen Kunden“ in einer Art ökonomischen Solidargemeinschaft, denn es ist dieser aktuell oder potentiell an einem Geschäftsabschluß interessierte Teil der Nachfrageseite, an welchen die Leistungen des Anbieters hinsichtlich Information und Beratung durch Werbung angeboten wird und die dies über die Entrichtung des Kaufpreises der Angebotsseite zumindest irgendwann einmal wieder bezahlen muß, gleich ob dies sofort

⁹⁷ Vgl. dazu auch Schricker/Lehmann, Selbstbedienungsgroßhandel, S. 13 f.

oder erst später bzw. gegenüber einem anderen Handels- bzw. Produktionsbetrieb, bei dem speziell nicht um Information nachgesucht wurde, geschieht. Dieser Teil der Nachfrageseite, der für bestimmte Wirtschaftsgüter ein spezielles Interesse zeigt und dies auch eventuell durch einen Kauf zu manifestieren gewillt ist, muß auf jeden Fall im Endergebnis alle entstandenen Handelsbetriebskosten, also auch die Kosten aller erfolglos gebliebenen Versuche der Vertragsanbahnung tragen, wenn die Angebotsseite nicht mit Verlusten arbeitet. Der kaufende Kunde ist freilich nur gewillt, mit seinem Deckungsbeitrag solche Leistungen der Angebotsseite zu finanzieren, die auch ihm oder seinesgleichen zugute kommen können; nicht finanzieren will er irgendwelche Leistungen an die Allgemeinheit. Nur der potentielle Kunde ist zumindest eventuell auch gewillt, an dieser Kostentragung ebenso wie der tatsächliche Käufer mitzuwirken; nur hinsichtlich dieses Teils der Verbraucherschaft wird daher der zahlende Kunde sich solidarisch erklären können und mit seinem Deckungsbeitrag dessen gesteigerten rechtlichen Schutz finanzieren wollen.

Dient aber nach unserem Verständnis die Haftung für vorvertragliches Verschulden der Minimierung von Transaktionskosten,⁹⁸ so darf nur demjenigen – oder volkswirtschaftlich aggregiert gesprochen, nur demjenigen Marktteil –, der auch tatsächlich oder zumindest potentiell diese Kosten zu tragen gewillt ist, eine dieser Kostentragung entsprechend größere Quantität an Rechten als einem völlig unbeteiligten Dritten, der von vornherein jede Kostentragung ablehnt, zufließen.

Larenz hat diesen Grundgedanken folgendermaßen formuliert: „Im Verhältnis zum Geschäftspartner rechnet sich der ‚Schuldner‘ (d.h. der Anbieter, Anm. des Verf.) die Tätigkeit seines Gehilfen wie seine eigene zu; er läßt sie sich regelmäßig dementsprechend vergüten“.⁹⁹ Aufgrund dieser gegenüber einem nicht an einem Geschäftsabschluß interessierten Dritten *gesteigerten Kostentragung* muß daher der kaufinteressierten Nachfrageseite und nur dieser ein Mehr an Schutzrechten, d.h. vertraglich bzw. quasi-vertragliche Ansprüche zugebilligt werden; denn nur die zumindest potentiell kaufinteressierten Nachfrager sind auch potentiell dazu bereit, dafür zu bezahlen, daß sie seitens der Angebotsseite ordnungsgemäß informiert und bedient werden.

1.3.3.4. Vertraglicher und vorvertraglicher Schutz

Unter diesen Aspekten betrachtet erscheint es nicht nur rechtens, sondern auch ökonomisch sinnvoll, Leistungsstörungen bei der Vertragsanbahnung rechtlich prinzipiell genauso zu ahnden, wie bei der Vertragsabwicklung, d.h. bei schuldhaften Pflichtverstößen einen Schadensersatzanspruch zu eröffnen, der mangels eines existenten Vertragsabschlusses jedoch nur auf die Leistung des negativen Interesses gerichtet sein kann. Dem Käufer muß daher seitens des Verkäufers genauso wie bei Leistungsstörungen im Rahmen der Vertragsabwicklung (z.B. Ansprüche aus Gewährleistung oder p.F.V.) bei Leistungsstörungen im Rahmen der Vertragsanbahn-

⁹⁸ S. oben IV. bei Fußn. 56 ff.

⁹⁹ Larenz, MDR 1954, 518.

nung ein Schadensersatzanspruch aus vertraglichem Verschulden eröffnet werden; *ökonomisch betrachtet bezahlt nämlich jeder Käufer mit der Entrichtung eines Kaufpreises nicht nur die ordnungsgemäße Erfüllung vertraglicher, sondern auch vorvertraglicher Sorgfaltspflichten*. Jeder Käufer kann daher von der Angebotsseite billigerweise verlangen, daß diese ihre Aktivitäten der Vertragsanbahnung so organisiert, daß ihm gegenüber keine schuldhaften Pflichtverletzungen begangen werden. Der ökonomische Gedanke des Deckungsbeitrags bestätigt somit die rechtsdogmatische Richtigkeit der Schaffung einer Haftung für c. i. c. sowie auch für jede positive Vertragsverletzung.

Daß im Rahmen der Vorbereitung von Kaufverträgen die Kostentragung für Schadensfälle anlässlich der Vertragsanbahnung in erster Linie der Angebotsseite zugewiesen wird, folgt aus dem ökonomischen Prinzip der Kostenzuweisung an den „cheapest cost avoider“. Die Nachfrageseite ist nämlich nur gewillt, störungsfreie Dienste der Angebotsseite sowie deren Handlungsgehilfen dieser angemessen zu vergüten, nicht aber auch für deren schuldhaftes Verhalten im Zusammenhang mit Sorgfaltspflichtverletzungen, die sich regelmäßig gegen ihre eigenen Interessen richten, aufzukommen. Indem dafür prinzipiell die Kostentragung der Angebotsseite auferlegt wird, wird diese ökonomisch dazu motiviert, das Auftreten derartiger „Leistungsstörungen bei der Vertragsanbahnung“ möglichst gering zu halten. Kraft ihres Direktionsrechts und aufgrund der größeren Nähe zum Störungsfeld ist diese auch wesentlich besser als die Nachfrageseite dazu geeignet, die Entstehung derartiger Transaktionskosten möglichst gering zu halten bzw. völlig auszuschließen.¹⁰⁰

1.3.4 Der Schutz des Integritätsinteresses durch die Haftung aus c. i. c.

Aus diesen Überlegungen zur Unterscheidung der ökonomischen Funktion des Vertrags- und des Deliktsrechts lassen sich zur Beurteilung des Schutzes des Integritätsinteresses der Nachfrageseite im Zusammenhang mit Aktivitäten der Vertragsanbahnung seitens der Angebotsseite durch die Haftung für c. i. c. im wesentlichen zwei juristische Schlußfolgerungen ziehen:

Erstens dürfen nur tatsächliche bzw. potentielle Transaktionspartner sowie deren den Austauschvorgang fördernde Begleitpersonen¹⁰¹ in den Schutzbereich der Haftung für c. i. c. mit einbezogen werden. Die Angebotsseite soll nur solange eine gegenüber dem Deliktsrecht gesteigerte Haftung für vorvertragliches Verschulden treffen, solange dies der Kostenminimierung bei Transaktionsvorgängen förderlich sein kann. Die Haftung aus c. i. c. muß sozusagen als die negative Kehrseite der Medaille ausgestaltet sein, deren positive die Chance der Gewinnerzielung durch die Förderung von Transaktionsvorgängen trägt. Dritten Personen gegenüber, die mit einem Transaktionsvorgang nichts zu tun haben, der Bettler, der Dieb, der pfänden-

¹⁰⁰ Vgl. Einzelheiten dazu oben III.8.1.4.2. bei Fußn. 72 ff. (Regelung der Haftung bei Pro-befahrten).

¹⁰¹ Dazu gehört auch das die Mutter beim Einkauf begleitende Kind, vgl. oben IV. bei Fußn. 70.

de Gerichtsvollzieher, die folglich nicht einen Deckungsbeitrag zu den Handelsbetriebskosten des Anbieters zu leisten gewillt sind, ist demgegenüber eine Haftung aus c.i.c. zu versagen. Sie ist ökonomisch durch nichts zu begründen, denn sie dient weder unmittelbar noch mittelbar der Förderung von ökonomischen Austauschvorgängen. Anders liegt der Fall bei einem Straßenpassanten, der zumindest als „möglicher Kunde“ in Frage kommt.

Zweitens wäre es unter den gegenwärtig gegebenen deliktsrechtlichen Umständen ökonomisch nicht sinnvoll, die Haftung für Verletzungen des Integritätsinteresses eines, wenn auch nur potentiellen, Transaktionspartners ausschließlich dem Deliktsrecht überantworten zu wollen. Dies widerspräche der fundamentalen ökonomischen Funktion des dynamischen Vertragsrechts im Gegensatz zu der des statischen Deliktsrechts.¹⁰² Ökonomisch betrachtet dient das Deliktsrecht nur der Sicherung des jeweiligen status quo der Rechtsgüter; es wirkt nicht im Rahmen von Austauschvorgängen dynamisch i.S. der rechtlichen Garantie einer Leistungserwartung und -erfüllung, sondern wehrt von außen kommende und nur insoweit „dynamische“ Ein- und Übergriffe ab.¹⁰³ Das Vertragsrecht verfolgt demgegenüber nach unserem Verständnis¹⁰⁴ die rechtliche Ausformung einer möglichst optimalen Organisation des Güteraustausches, der sowohl als gerecht als auch als möglichst kostengünstig gestaltet werden soll. Alles, was diesen Transaktionsvorgang als ein dynamisches Geschehen erschweren oder kostengünstig beeinflussen könnte, d.h. *jede Leistungsstörung im vertraglichen wie im vorvertraglichen Bereich*, muß daher zur rechtlichen Kontrolle dem Vertragsrecht als dem speziell dafür geschaffenen Regelungskomplex zugewiesen werden. Nur dort finden sich die für eine rechtliche Kontrolle von ökonomischen Austauschvorgängen besonders geeigneten Wertungsansätze, die z.B. auch das Vermögen eines Transaktionspartners als solches schützen. Dies gilt sowohl hinsichtlich des Transaktionsinteresses als auch hinsichtlich des Integritätsinteresses der Beteiligten. Die Verletzung eines absoluten Rechtsgutes anlässlich der Vertragsanbahnung ist, unter diesem Aspekt betrachtet, nicht einem rein deliktsrechtlich abzuhandelnden „Verkehrsunfall“ zweier ansonsten sich völlig fremd gegenüberstehenden Personen gleichzustellen. Nicht das allgemeine Lebensrisiko ist berührt, sondern ein spezielles Risiko, das mit der Anbahnung von Austauschvorgängen verbunden ist. Bei einem Verkehrsunfall fehlt jeder Bezug zu einem Transaktionsvorgang; es handelt sich um eine Rechtsverletzung, die mit einem Güteraustausch in keinerlei direktem Zusammenhang steht; dadurch, daß z.B. der sich nur unterstellende Bettler oder der Gerichtsvollzieher verletzt wird, wird die rechtliche oder ökonomische Seite der Organisation von Güteraustauschvorgängen in keinerlei Hinsicht affiziert.

Ist demgegenüber ein derartiger Zusammenhang zu Transaktionsvorgängen auch

¹⁰² Auch Kreuzer, S. 220f. rekurriert auf die „Funktion des Schuldvertrags“, kommt aber aus rein rechtsdogmatischer Sicht jedoch zu einem anderen Ergebnis.

¹⁰³ S. auch Weyers, Unfallschäden, S. 481f.

¹⁰⁴ S. oben III.8.1.4.

nur mittelbar gegeben, weil die „Reibungslosigkeit des Geschäftsverkehrs“ i. S. von Larenz¹⁰⁵ davon nicht nur ganz unerheblich beeinflusst wird, ist eine Zuweisung der rechtlichen Problematik an das vertragliche bzw. quasi-vertragliche Schuldrecht, d. h. an das Recht der Regelung von Transaktionsvorgängen, angezeigt. Nicht nur die gegenwärtige Insuffizienz des Deliktsrechts, sondern auch dessen prinzipielle Ungeeignetheit zur rechtlichen Regelung und Organisation von Austauschvorgängen hindert uns, den Schutz des Integritätsinteresses anlässlich von Transaktionsvorgängen ausschließlich dem Recht der unerlaubten Handlungen anzuvertrauen.¹⁰⁶ Dem Deliktsrecht fehlt im Gegensatz zum vertraglichen bzw. quasi-vertraglichen Schuldrecht die ökonomische Aufgabenzuweisung, zumindest neben anderem auch der Förderung von Transaktionsvorgängen dienlich zu sein.¹⁰⁷ Es birgt in sich deshalb auch keine spezifischen rechtlichen Instrumente oder Ansatzpunkte, die Hilfestellung zu einer optimalen Ausgestaltung von Güteraustauschvorgängen geben könnten. Es verfolgt ausschließlich und „per se“ die Schadensabwendung und -wiedergutmachung bei unerlaubten Eingriffen, ohne daß dieser Schutz einem weiteren austauschbezogenen Zweck, etwa speziell der Förderung von Transaktionsvorgängen oder der „Reibungslosigkeit des Geschäftsverkehrs“, zugute kommen soll. Deswegen benötigt das Deliktsrecht auch nicht bestimmte Rechtsfiguren, die im vertraglichen bzw. quasi-vertraglichen Schuldrecht dazu geschaffen wurden, um den Fluß der Güter- und Geldströme zu erleichtern, wie z. B. die Haftung für den Erfüllungsgehilfen, die Beweislastumkehr der §§ 282, 285 oder der Schutz unspezifischer Vermögenswerte im rechtsgeschäftlichen Verkehr. Bei der Verletzung von Integritätsinteressen anlässlich der Vertragsanbahnung oder -durchführung handelt es sich um einen Vorgang, der so nahe mit dem eigentlichen Güteraustausch verknüpft ist, daß dieser dadurch unmittelbar berührt wird. Wenn während der Vertragsanbahnung der status quo der Rechtsgüter eines Transaktionspartners besonders weitgehend, d. h. nach vertragsrechtlichen Grundsätzen geschützt wird, dient dies der Senkung von Transaktionskosten und damit der Förderung des status ad quem im Rahmen des Vollzugs von ökonomischen Austauschvorgängen.

Dieses Ergebnis läßt sich auch in einen versicherungstechnischen Hintergrund einfügen. Gemäß § 151 VVG¹⁰⁸ mitumfaßt eine Betriebshaftpflichtversicherung auch das schuldhaft vorvertragliche Verhalten von allen leitenden Angestellten des Geschäftsherrn und Versicherungsnehmers, wenn der Schaden bei der Ausübung ihrer dienstlichen Verrichtungen eingetreten ist,¹⁰⁹ so daß es auch deshalb ökonomisch

¹⁰⁵ S. oben IV. Fußn. 53.

¹⁰⁶ Im Ergebnis ebenso Canaris, Vertrauenshaftung, S. 540, der darauf abstellt, „daß der Verletzte im Rahmen des rechtsgeschäftlichen Verkehrs seine Rechtsgüter der Einwirkungsmöglichkeit des anderen Teils ausgesetzt und sie ihm in diesem Sinn ‚anvertraut‘ hat“; a. A. Kreuzer, S. 143 ff., 156 ff.

Dies kann auch aus rechtsvergleichender Sicht bestätigt werden, s. Lorenz, in Festschrift f. Larenz, S. 584 ff., 615 f.

¹⁰⁷ S. oben III. 8.1.4.

¹⁰⁸ Vom 30. 5. 1908 (RGBl. S. 263, BGBl. III 7632-1).

¹⁰⁹ Vgl. dazu auch Kreuzer, S. 75 ff., 77.

misch sinnvoll ist, eine quasi-vertragliche Haftung für die Verletzung des Integritätsinteresses anlässlich der Vertragsanbahnung dem Prinzipal aufzuerlegen. Dazu führen die gleichen ökonomischen Überlegungen, die den BGH zur rechtlichen Konstruktion eines stillschweigenden Haftungsausschlusses beim fahrlässigen Verhalten eines PKW-Käufers bei einer Probefahrt bewogen haben.¹¹⁰ Etwaige Versicherungskosten kann die Angebotsseite auf ihre Preise überwälzen; sie sind, wie viele andere, ein Kostenfaktor im Rahmen ihrer allgemeinen Handelsbetriebskosten. Aufgrund der Existenz dieser Haftung aus c.i.c. wird der gewinnmaximierende Unternehmer bemüht sein, möglichst alle Gefahrenquellen z.B. durch Arbeitsanweisungen an sein Personal in seinem Geschäftslokal zu beseitigen. Seinem eigenen wohlverstandenen Geschäftsinteresse muß es auch entsprechen, dafür zu sorgen, daß seine Kunden anlässlich geschäftlicher Kontakte z. B. bei der Vertragsanbahnung nicht zu Schaden kommen; das Gegenteil schadet seinem Geschäftsbetrieb und erzeugt unnötige Transaktionskosten. Am kostengünstigsten kann dieses Ziel jedoch nicht von jedem einzelnen Kunden selbst, sondern nur von dem mit seiner eigenen Geschäftssphäre besonders intensiv vertrauten Geschäftsherrn verfolgt werden. Seine Kunden müßten, jeder einzeln für sich, eine besondere Versicherung für derartige Schadensfälle abschließen und dürften außerdem auch nicht prinzipiell darauf vertrauen, daß die Angebotsseite ihren Geschäftsbetrieb so organisiert, daß ein Nachfrager anlässlich der Anbahnung von Transaktionsvorgängen regelmäßig nicht zu Schaden kommen kann. Die aufgrund dessen für die Nachfrageseite gebotene allgemeine Vorsicht bei der Vorbereitung und Abwicklung von Austauschvorgängen würde den eigentlichen Austauschvorgang selbst nicht erleichtern, sondern nur erschweren. Es entstünden unnötige Transaktionskosten, die darauf zurückgeführt werden müßten, daß der Nachfrager nicht darauf vertrauen kann, daß der Anbieter alles ihm seinerseits Mögliche und Zumutbare unternommen hat, um den Prozeß eines Güteraustausches möglichst störungsfrei und ohne Gefährdung von Gesundheit und Eigentum abwickeln zu können.¹¹¹ Dies wäre dem Bemühen um eine möglichst optimale und kostengünstige Allokation der Ressourcen abträglich.

Ökonomisch betrachtet bedarf es daher trotz einer gewissen scheinbaren rechtsdogmatischen Widersprüchlichkeit¹¹² nicht nur des Schutzes des Transaktionsinteresses, sondern in den Fällen der Verletzung des Integritätsinteresses *bei der Vertragsanbahnung* auch dessen Schutz durch das Rechtsinstitut der Haftung für vorvertragliches Verschulden. Die typischen, mit jedem geschäftlichen Kontakt regelmäßig verbundenen Gefahren für die körperliche Integrität und das Eigentum eines potentiellen Transaktionspartners, die aus der Sphäre des Angebots herrühren, können am kostengünstigsten von der Angebotsseite selbst eliminiert bzw. beherrscht werden. Sie sind so nahe mit dem eigentlichen Transaktionsvorgang verbunden und beeinflussen so unmittelbar die jeweilige Höhe der Transaktionskosten, daß die zur

¹¹⁰ S. oben III.8. bei Fußn. 72ff.

¹¹¹ S. oben IV. bei Fußn. 56ff.

¹¹² Viele rein rechtsdogmatische Überlegungen entbehren freilich einer ökonomischen Fundierung; diese versucht die ökonomische Analyse des Rechts zu geben, s. oben III.8. ff.

Beurteilung von vorvertraglichen Beziehungen entwickelten Grundsätze der Haftung für c.i.c., nicht aber das Deliktsrecht zur Anwendung kommen müssen. Diese „Verschärfung des Deliktrechts“¹¹³ kann damit begründet werden, daß jeder Nachfrager mit dem Kauf eines Guts einen Deckungsbeitrag zu den allgemeinen Handelsbetriebs- bzw. Produktionsnebenkosten leistet. Wenn die Nachfrageseite somit ein Entgelt für die Aktivitäten der Angebotsseite zur Vertragsanbahnung entrichtet, muß ihr auch billigerweise ein Anspruch gewährt werden auf eine störungsfreie Vorbereitung des Abschlusses von Kaufverträgen, die ihre körperliche Integrität und ihr Eigentum nicht verletzt. Dieser ökonomischen Sonderbindung muß eine rechtliche Sonderbindung auch hinsichtlich des Schutzes des davon betroffenen Integritätsinteresses entsprechen. Im Schadensfall muß daher der Nachfrageseite ein praktikabler Schadensersatzanspruch gemäß quasi-vertragsrechtlichen Bestimmungen eröffnet werden, der die Angebotsseite als den „cheapest cost avoider“ derartiger Transaktionskosten dazu anhält, künftig die Verletzung des Integritätsinteresses genauso wie die des Transaktionsinteresses ihrer Transaktionspartner auszuschließen bzw. möglichst gering zu halten.

Mit diesen Überlegungen kann aus ökonomischer Sicht die Richtigkeit der herrschenden Meinung in Literatur und Rechtsprechung hinsichtlich der Behandlung von Verletzungen des Integritätsinteresses bei der Vertragsanbahnung bestätigt werden.¹¹⁴ Erneut konnte mit Hilfe der ökonomischen Analyse des Rechts anhand einer spezifischen, an ökonomischen Kriterien sich ausrichtenden Betrachtungsweise die Richtigkeit einer zumindest in der Literatur bis heute noch immer umstrittenen juristischen Problemlösung bestätigt werden. Im folgenden soll diese Betrachtungsweise zur Vertiefung schuldrechtlicher Probleme im Rahmen eines kurzen Exkurses noch näher exemplifiziert werden.

1.3.5. Exkurs: Positive Forderungsverletzung und Produzentenhaftung in der Sicht der ökonomischen Analyse

Vor diesem Hintergrund der Unterscheidung des Transaktions- vom Integritätsinteresse sowie der differenzierten ökonomischen Funktion des Vertrags- im Ge-

¹¹³ Vgl. Larenz, in: Festschrift für Ballerstedt, S. 402.

¹¹⁴ S. oben bei Fußn. 80ff.; s. auch Evans-v.Krbek, AcP 179, 98f.

Vgl. in diesem Zusammenhang den entsprechenden Gedanken, der schon im Preußischen A.L.R. zu einer „Auskunftshaftung“ führte; auch dort wurde auf die Entgeltlichkeit der Ratserteilung abgestellt. Die beinhaltet im Ergebnis eine Parallele zu unseren Überlegungen zum Deckungsbeitrag: Das Preußische A.L.R. bestimmte in § 218, daß in der Regel nur für wissentliche Erteilung eines nachteiligen Rates oder einer schädlichen Empfehlung gehaftet werde; vgl. dann aber:

§ 219: Ein Sachverständiger aber haftet, wenn er in Angelegenheiten seiner Kunst oder Wissenschaft Rath erteilt für ein grobes Versehen.

§ 220: Aber auch ein mäßiges Versehen muß er vertreten, wenn er einen Rath gegen Bezahlung oder Belohnung erteilt hat.

§ 221: Der, welcher kein Sachverständiger ist, haftet bei einem, in anderen Angelegenheiten, gegen Bezahlung oder Belohnung erteilten Rath, ebenfalls für ein mäßiges Versehen.

Ausführlich dazu s. W. Lorenz, in: Festschrift für Larenz, S. 577f.

gensatz zum Deliktsrecht sollen mit Hilfe der der ökonomischen Analyse des Rechts eigenen Betrachtungsweise exemplarisch noch zwei andere schuldrechtliche Institute näher untersucht werden, deren rechtsdogmatische Begründung aufgrund ihrer Entwicklung entsprechend rein praktischer Bedürfnisse bis heute noch immer umstritten geblieben ist.¹¹⁵ Dadurch kann eine noch weiterführende Einbettung der Haftung für c. i. c. in das gesamte Haftungssystem des BGB vorgenommen werden.

Wir haben gesehen, daß vom BGB die Sicherung des Integritätsinteresses prinzipiell dem Deliktsrecht, die Sicherung des Transaktionsinteresses grundsätzlich dem Vertragsrecht zugewiesen wird; gleichwohl zeigt die Rechtsentwicklung in Literatur und Rechtsprechung, daß in bestimmten Fällen die Regelung der Verletzung von Integritätsinteressen zum Vertragsrecht gehört.¹¹⁶ Dies ist immer dann der Fall, wenn *die Verletzung des Integritätsinteresses so eng mit einem Transaktionsvorgang zusammenhängt*, daß dieser infolge einer ökonomisch nicht ausreichenden, weil nur deliktsrechtlichen Sanktion dieser Verletzung, in seiner Existenz und in seinem Wesen gefährdet, d. h. der ökonomische Fluß der monetären und realen Ströme im Zusammenhang mit Austauschvorgängen wesentlich erschwert, wenn nicht sogar unmöglich gemacht würde. Der vertragsrechtliche, somit gegenüber dem Deliktsrecht erhöhte Schutz von bestimmten Integritätsinteressen stellt in diesen Fällen zur Kontrolle und ordnenden Förderung von Transaktionsvorgängen eine geradezu unverzichtbare Voraussetzung dar. Ohne einen umfassenden, d. h. vertragsrechtlichen Schutz dieser Interessen würde die „Reibungslosigkeit des Geschäftsverkehrs“ deutlich herabgesetzt werden, weil eine erhöhte Risikotragung dem Käufer zugewiesen würde, dem mangels rechtlicher Voraussetzungen eine marktkonforme Überwälzung an den Verkäufer nicht möglich wäre, obwohl der Verkäufer kostengünstiger als der Käufer dieses Risiko eliminieren bzw. möglichst weitgehend herabsetzen könnte. Es handelt sich um Risiken, die aus der Sphäre des Verkäufers stammen.

Auf diesem hier einmal ökonomisch formulierten gemeinsamen Grundgedanken beruhen unter anderem auch die schuldrechtlichen Institute der positiven Forderungsverletzung und der Produzentenhaftung, die sich dadurch auszeichnen, daß sie genau wie die Haftung für c. i. c. gesetzlich ungeschriebene Institute unseres Schuldrechts darstellen, die jedoch inzwischen als gewohnheitsrechtlich anerkannt zu betrachten sind.¹¹⁷ Zu ihrer Schaffung bzw. „Entdeckung“ hat das Denken „vom Ergebnis her“ somit eine gleichermaßen juristische wie ökonomische Methode geführt, die „den Bedürfnissen des Rechtsverkehrs“ Rechnung zu tragen versucht.¹¹⁸

¹¹⁵ Evans-v. Krbek, AcP 179, 85 ff. (86, 87) mit weiteren Hinweisen.

¹¹⁶ Als Beispiel aus dem Bereich der c. i. c., vgl. die sog. „Warenhausfälle“, S. oben IV.1.3.2.

¹¹⁷ Zur c. i. c. s. IV.1.3. sowie Larenz, Methodenlehre, S. 425; vgl. in diesem Zusammenhang auch BGHZ 66, 51 ff. (Gemüseblatt); aufgrund dieser Gemeinsamkeit schlägt Evans-v. Krbek, AcP 179, 85 ff. eine Gesamtanalogie zu den §§ 433 ff. (104 ff., 145 ff.), 440 Abs. 1, 325 Abs. 1, Satz 1, 276, 278, 282, 285 zur Regelung aller dieser Rechtsinstitute vor.

¹¹⁸ Larenz, Methodenlehre, S. 403, 406 ff. spricht insoweit von einer Rechtsfortbildung mit

Insoweit verbinden und vermischen sich hier ökonomische Überlegungen der Zweckmäßigkeit und Effizienz mit rechtlichen Wertungen, die in erster Linie unmittelbar dem BGB zu entnehmen sind. Dort findet sich aber im Vertragsrecht keine Vorschrift, die die Verletzung von Integritätsinteressen eines Transaktionspartners anlässlich der Vorbereitung und Durchführung von Transaktionsvorgängen angemessen und umfassend sanktionieren würde.¹¹⁹ Aufgrund dieses Mankos ist seit dessen „Entdeckung“ durch R. v. Jhering,¹²⁰ was den vorvertraglichen und durch H. Staub,¹²¹ was den vertraglichen Bereich angeht, die rechtsdogmatische Diskussion über die Ergänzung der vertraglichen bzw. quasi-vertraglichen Haftung zur Verbesserung des Schutzes des durch Transaktionsvorgänge berührten Integritätsinteresses eines Transaktionspartners nicht mehr abgerissen.¹²²

1.3.5.1 Positive Forderungsverletzung

Bereits Staub hat mit einem von ihm an zweiter Stelle aufgeführten Beispiel ausgehend von dieser Problematik auf die Entwicklung der Haftung für positive Forderungsverletzung hingewirkt:

„Der Verkäufer schickt dem Käufer wurmstichige Äpfel. Dadurch werden die gesunden Äpfel des Käufers angesteckt und es entsteht ihm ein großer Schaden. Dem Verkäufer, der kranke und gesunde Äpfel hatte, war es keineswegs unmöglich, gesunde Äpfel zu schicken, er hat dennoch kranke Äpfel geschickt. Auch nachdem er kranke Äpfel geschickt hatte, war es ihm nicht unmöglich, statt ihrer gesunde Äpfel zu schicken; auch ‚zeitweise Unmöglichkeit‘ liegt nicht vor, da er die Äpfel lange vor dem Ablauf der vereinbarten Erfüllungszeit geschickt und daher sehr wohl noch imstande war, auch zeitlich seiner Verpflichtung nachträglich zu genügen. Wenn er gleichwohl auf Schadensersatz haftet, so muß dies also einen anderen

Rücksicht auf die „Bedürfnisse des Rechtsverkehrs“ bzw. auf die „Natur der Sache“; s. auch Lorenz, JZ 1960, 109: „Dabei wurde z. T. ganz unverhohlen vom Ergebnis her argumentiert“; Evans-v. Krbek, AcP 179, 110: „Vor allem aber entbehrt die aus Not geschaffene Sonder-Rechtsfigur des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter jeder systematischen Grundlegung. Letzterer Einwand gilt im übrigen auch gegen die Lehre vom gesetzlichen Schuldverhältnis. Denn sie orientiert sich ebenfalls lediglich an § 242, d. h. letztlich, im Einklang mit der h. M., nur an der Notwendigkeit der Gegebenheiten, nämlich den im Laufe der Jahre entwickelten faktisch schutzbedürftigen Falltypen, nicht aber ihrer theoretisch-systematischen Aufarbeitung und Einarbeitung in das gesetzliche Haftungssystem.“

¹¹⁹ Ansätze dazu s. auch bei der Behandlung der Mangelfolgeschäden im Rahmen von §§ 463, 537, 635; vgl. dazu statt vieler die Darstellung des Meinungsstands bei Medicus, Rdz. 351 ff.; auch die sich hier ergebenden Abgrenzungsprobleme zwischen dem Mangel- und den Mangelfolgeschäden offenbaren die rechtsdogmatischen Schwierigkeiten des BGB, den Schutz des Integritätsinteresses, das durch Transaktionsvorgänge verletzt wird, mit vertragsrechtlichen Bestimmungen zu gewährleisten.

¹²⁰ S. oben IV. Fußn. 1; das BGH hat in den Motiven die „Konstruktionsfrage“, ob die Haftung für c.i.c. eine deliktische bzw. vertragliche Haftung ist, ausdrücklich der Wissenschaft überantwortet; s. oben III.1. bei Fußn. 7; zur c.i.c. s. auch oben IV.1.3.

¹²¹ Staub, Hermann, Die positiven Vertragsverletzungen, Berlin 1904, Nachdruck, Bad Homburg 1969 mit einem Nachwort von E. Schmidt, S. 93 ff.

¹²² S. zuletzt Evans-v. Krbek, AcP 179, 96 ff., die mit einer Gesamtanalogie zu den §§ 104 ff., 433, 440 Abs. 1, 325 Abs. 1, Satz 1, 326, 276, 278 die Ergebnisse der h. M. rechtsdogmatisch zu untermauern versuchen. Zur Problematik der Haftung für c.i.c. s. oben IV.1.3.

Rechtsgrund haben als Unmöglichkeit und sei es auch nur zeitweise Unmöglichkeit der Erfüllung.“¹²³

Obwohl der Haftung für p.F.V. inzwischen die Kraft von Gewohnheitsrecht beigemessen wird,¹²⁴ und ihre rechtsdogmatische Konstruktion analog der vertragsrechtlichen Regeln des Verzugs und der Unmöglichkeit als gesichert zu betrachten ist,¹²⁵ ist Natur und Rechtfertigungsgrund dieses Schadensersatzanspruchs noch immer zweifelhaft: „Im Grunde handelt es sich, wie gesagt, um einen Deliktsanspruch, der nach Vertragsgrundsätzen behandelt wird.“¹²⁶ Im Sinne unserer Terminologie handelt es sich in der Tat in vielen Fällen um den Schutz des Integritätsinteresses nach verschärften, d.h. vertragsrechtlichen Grundsätzen, weil nur so die nötige und angemessene rechtliche Sicherung und Förderung von Transaktionsvorgängen möglich ist. Ein Kaufrecht, das, um das Beispiel von Staub noch einmal aufzugreifen, die Lieferung von nicht vereinbarungsgemäßen, weil wurmstichigen Äpfeln ausschließlich mit Gewährleistungsansprüchen bezüglich der Kaufsache selbst sanktionieren, die durch diese Transaktion bewirkten Folgeschäden (den Befall der gesunden Äpfel des Käufers) aber vernachlässigen würde, würde nicht dazu beitragen, den Gütertausch möglichst „reibunglos“, d.h. unter größtmöglicher Vermeidung von Transaktionskosten zu gestalten. Eine Förderung des rechtlich kontrollierten ökonomischen Flusses der monetären und realen Ströme in einem Wirtschaftskreislauf würde dadurch nicht bewirkt, sondern es würden im Gegenteil Austauschvorgänge wegen des damit verbundenen rechtlich ungenügend sanktionierten Risikos erschwert bzw. vollkommen unmöglich gemacht werden. Eine optimale Allokation der Ressourcen würde folglich gehemmt bzw. in vielen Fällen sogar von vornherein überhaupt ausgeschlossen. Die rechtliche Eröffnung eines Schadensersatzanspruches aus p.F.V. bzw. aus § 463 in diesen Fällen hält demgegenüber die Transaktionspartner aufgrund der daraus resultierenden ökonomischen Mechanismen zumindest auch dazu an, im Zusammenhang mit Austauschvorgängen die erforderliche Sorgfalt hinsichtlich der mit diesem Vorgang verbundenen Integritätsinteressen genauso wie hinsichtlich des Transaktionsinteresses eines Geschäftspartners zu wahren. Weil für den Käufer einer Ware die Beachtung seines Transaktionsinteresses (z.B. Erwerb eines Pfunds Äpfel) regelmäßig von einem *ebenso großen ökonomischen Gewicht* wie die Wahrung seines von diesem Geschäftsvorgang berührten Integritätsinteresses ist (Nichtbefall seines Äpfelvorrats), ist es auch nach ökonomi-

¹²³ Staub, a.a.O., Fußn. 121, S. 98; die Anspruchsgrundlage der p.F.V. ist bei sog. „Begleit-schäden“ im Rahmen einer Transaktion regelmäßig eröffnet.

Aber die Haftung für p.F.V. beschränkt sich nicht nur darauf, s. Medicus, Rdz. 312; Palandt/Heinrichs, § 276, Anm. 7, c; insbesondere bei *Verträgen ohne gesetzliche Gewährleistungsvorschriften zur Sanktion von Schlechtleistungen* (z.B. Dienst-, Makler-, Geschäftsbesorgungsverträgen und der Gesellschaft) muß das Institut der p.F.V. diese gesetzliche Lücke schließen; hier geht es sowohl um das Transaktions- wie auch das Integritätsinteresse.

¹²⁴ Larenz, Schuldrecht, AT, S. 301; Palandt/Heinrichs, § 276, Anm. 7.

¹²⁵ Fikentscher, S. 229; Esser/Schmidt, Teilband 2, S. 104.

¹²⁶ Fikentscher, S. 237.

schem Verständnis rechtlich folgerichtig und wertungsentsprechend, die identischen rechtlichen Regelungs- und Sanktionsmittel an die Verletzung des einen oder anderen, bzw. beider Interessengruppen zusammen, zu knüpfen. Aus ökonomischer Sicht kann daher sowohl die Richtigkeit des rechtlichen Analogieschlusses von Verzug und Unmöglichkeit auf die p.F.V.¹²⁷ sowie die entsprechenden Anwendungen der §§ 278 und 282 im Rahmen einer Anspruchstellung aus p.F.V.¹²⁸ bestätigt werden. Das von Transaktionsvorgängen berührte Integritätsinteresse eines Wirtschaftssubjekts muß rechtlich genauso umfassend und wertungsgleich wie das Transaktionsinteresse desselben geschützt werden; *die Verletzung von ökonomisch prinzipiell gleichwertigen Interessen durch einen Transaktionspartner anlässlich der Anbahnung oder Abwicklung von Austauschvorgängen sollte auch rechtlich prinzipiell identisch geregelt und sanktioniert werden.* Ein ökonomischer Anhaltspunkt für eine rechtlich differenzierte Lösung der Verletzung des Transaktions- im Gegensatz zum Integritätsinteresse im Zusammenhang mit Vorgängen des Güteraustausches ist jedenfalls nicht ersichtlich, weil aus der Sicht der an einem Güteraustausch mitwirkenden Wirtschaftssubjekte beide Interessen zumindest als ökonomisch gleichwertig zu betrachten sind, wenn nicht sogar in vielen Fällen das Integritätsinteresse hinsichtlich bestimmter Güter (Leben, Gesundheit) höher als das Transaktionsinteresse (Erwerb einer Sache) eingeschätzt werden muß. Jeder Güteraustausch wird seitens der Parteien typischerweise mit diesem doppelten bzw. kombinierten Interesse an der Transaktion („status ad quem“) und der Wahrung der Integrität („status quo“) verfolgt; das gilt sowohl hinsichtlich der vorvertraglichen Sphäre der Vertragsanbahnung als auch der vertraglichen der Vertragsdurchführung und Abwicklung; der innerhalb der jeweiligen Sphäre identische rechtliche Schutz des

¹²⁷ S. oben Fußn. 125. Dies gilt selbstverständlich auch dann, wenn durch eine Sorgfaltspflichtverletzung des Schuldners die Transaktion als solche gefährdet oder vernichtet wird: Der Dachdeckermeister wirft nach getaner Arbeit eine Zigarette achtlos weg; der Dachstuhl geht in Flammen auf. Hier liegt eine kombinierte Verletzung des Integritäts- und des Transaktionsinteresses vor; vgl. in diesem Zusammenhang auch die Diskussion um die Abgrenzung des Mangelfolge- vom Mangelschaden; statt vieler s. Medicus, Rdz. 351 ff. sowie aus der jüngsten Rechtsprechung BGH 22. 3. 1979, JZ 1979, 569 (Schankeinrichtung); der BGH hat hier erstmals auch auf die *wirtschaftliche Bedeutung* von Integritätsverletzungen durch Mangelfolgeschäden abgestellt: „Der Senat hat andererseits aber auch berücksichtigt, daß gerade im Bereich des Werkvertrages nicht selten noch nach Ablauf der kurzen Verjährung Mangelfolgen auftreten, die in ihren Wirkungen unverhältnismäßig schwer sind. Das kann insbesondere bei Unfällen oder sonstigen ein fremdes Rechtsgut schädigenden Ereignissen der Fall sein, die zwar auf Mängel an Bauwerken, beweglichen Sachen oder unkörperlichen Werken beruhen, die der Gesetzgeber aber bei seinen Erwägungen zu den §§ 635, 638 BGB nicht vor Augen gehabt hatte. Solche Folgen dürfen bei zweckgerechter Auslegung dieser Bestimmungen nicht unter deren Geltungsbereich gebracht werden (BGHZ 58, 85, 91). Als ‚entfernten‘, mithin der 30jährigen Verjährung unterliegenden Mangelfolgeschaden hat er deshalb einen Brandschaden beurteilt, der erst vier Jahre nach der Umstellung zweier Schachtofen von Gas- auf Ölfuerung entstand, weil ein vom beklagten Unternehmer montiertes Ölzuleitungsrohr gebrochen war (BGHZ 58, 305). In gleichem Sinne hat er entschieden, als ein Wertgutachten sich sechs Jahre nach seiner Erstattung als mangelhaft erwies (BGHZ 67, 1).“

¹²⁸ Palandt/Heinrichs, § 276, Anm. 7f.; § 282, Anm. 2.

Transaktions- und des Integritätsinteresses entspricht daher den ökonomischen Anforderungen nach einer rechtlich kontrollierten und dabei zugleich aber auch bestmöglichst organisierten Ordnung von wirtschaftlichen Austauschvorgängen, die transaktionskostenminimierende Wirkung auf die Parteien hat.

Auch aus wirtschaftlicher Sicht läßt sich somit die rechtsdogmatische Richtigkeit der Lückenfüllung des BGB durch die ungeschriebenen Rechtsinstitute der c.i.c. und der p.F.V. bestätigen; dies gilt sowohl hinsichtlich der Tatsache als solcher als auch hinsichtlich der Art und Weise. Unterteilt man die vorvertragliche sowie die vertragliche Sphäre in das ökonomisch unterschiedlich ausgerichtete Transaktions- und Integritätsinteresse der an einem Güteraustausch beteiligten Wirtschaftssubjekte,¹²⁹ so wird von dem Gesetzeswortlaut des BGB nur die Verletzung des Transaktionsinteresses im vertraglichen Bereich und auch dieses nur zum Teil (durch die Vorschriften über Verzug und Unmöglichkeit) ausdrücklich geregelt; hinsichtlich der übrigen Teile schweigt das Gesetz. Jedoch ist die für diesen Teilbereich getroffene Sanktion (Schadensersatz bei schuldhafter Verletzung dieses Interesses) gemäß §§ 286, 325, 326 für die anderen im Rahmen der rechtlichen Organisation von Austauschvorgängen wirtschaftlichen gleichzuachtenden Teilbereiche entsprechend anzuwenden, wobei der wesentliche Unterschied zwischen der vertraglichen und der vorvertraglichen Sphäre nur darin besteht, daß die Verletzung der vertraglichen Sphäre entsprechend der Wertungen des BGB zum Schadensersatz des positiven Interesses führt; e contrario muß daher für den vorvertraglichen Bereich auf eine herabgesetztere Stufe des Interessenschutzes geschlossen werden, will man nicht die Tatsache der Einigung und des Vertragsschlusses völlig entwerten. Deswegen führte die Haftung für c.i.c. nur zum Ersatz des negativen Interesses.

Andererseits zeigt die ökonomische Analyse aber auch wiederum, daß der vorvertragliche Bereich nicht allein dem Deliktsrecht zur Regelung überantwortet werden darf, sondern daß vertragliche Regelungs- und Haftungszuweisungstechniken, wie z. B. §§ 278, 282 sowie der Schutz auch vor reinen Vermögensschäden Platz greifen müssen.¹³⁰ Andernfalls würde auch dadurch die „Reibungslosigkeit des Geschäftsverkehrs“ zu sehr herabgesetzt und Austauschvorgänge mit einem zu hohen Risiko von Transaktionskosten belastet werden.¹³¹ So betrachtet sind die Institute der Haftung für c.i.c. und p.F.V. Rechtskonstruktionen des Schuldrechts, die sich hinsichtlich ihrer Existenz und ihres Inhalts ökonomisch wie rechtlich gegenseitig bedingen

¹²⁹ S. dazu oben IV.1.3.

Schematisch könnte dies so veranschaulicht werden:

vorvertraglicher	vertraglicher Bereich
Transaktionsinteresse	Transaktionsinteresse
Integritätsinteresse	Integritätsinteresse

¹³⁰ Aus rein rechtsdogmatischer Sicht kommt zu dem gleichen Ergebnis Evans-v.Krbek, AcP 179, 94 ff., 99, indem sie von einem rechtsgeschäftsähnlichen Schuldverhältnis spricht; s. auch Gerhardt, W., Der Haftungsmaßstab im gesetzlichen Schutzverhältnis (Positive Vertragsverletzung, culpa in contrahendo), JuS 1970, 597 ff.; Canaris, JZ 1965, 478 ff.

¹³¹ S. oben IV.1.3.1. und 1.3.2.

und bestimmen. Ohne sie muß eine kaufrechtliche Regelung von wirtschaftlichen Austauschvorgängen aus ökonomischer Sicht immer nur Stückwerk bleiben. Die von Rechtslehre und Praxis durch die Schaffung der Haftung für c.i.c. und p.F.V. getroffene Lückenfüllung des BGB kann durch die ökonomische Analyse des Rechts sowohl als solche als auch inhaltlich bestätigt und verifiziert werden.

1.3.5.2. Produzentenhaftung

Auch bei der Produzentenhaftung¹³² geht es in erster Linie um die Problematik der richtigen Bestimmung einer rechtlichen Regelung der Verletzung von Integritätsinteressen, die mit Transaktionsvorgängen eng zusammenhängen. Es wird z.B. von einem Impfstoffhersteller Schadensersatz für die von der Hühnerpest befallenen Hühner verlangt, die mit einem verunreinigten Serum geimpft worden sind;¹³³ es geht um die Schäden, insbesondere die Körperverletzungen, die durch das Abbrennen eines unsachgemäß hergestellten Feuerwerkskörpers aufgetreten sind;¹³⁴ es dreht sich um die allergischen Reaktionen im Zusammenhang mit der Anwendung eines Haartonicums¹³⁵ oder um die tödlichen Verletzungen, die durch eine unsorgfältig hergestellte Spannhülse im Zuge von Beton-Armierungsarbeiten auftreten können.¹³⁶

Ausgangspunkt aller rechtlich konstruktiven Überlegungen war eine ökonomische Einsicht: Das Schuldrecht des BGB hat sich im wesentlichen darauf beschränkt, einstufige Wirtschaftsvorgänge, etwa zwischen Verkäufer und Käufer vertragsrechtlich zu regeln; juristische Schwierigkeiten bietet daher regelmäßig die Beurteilung *mehrstufiger Transaktionen*, etwa zwischen Hersteller – Händler – Verbraucher. Durch die Mehrstufigkeit der Güterverteilung infolge von Arbeitsteilung und Spezialisierung der Angebotsseite dürfen jedoch dem Käufer keine rechtlichen Nachteile erwachsen.¹³⁷ Die aus dieser Einsicht zur Produzentenhaftung führenden Überlegungen hat vor kurzem Diederichsen folgendermaßen zusammengefaßt:

¹³² Vgl. dazu die umfangreichen Hinweise auf Rechtsprechung und Literatur, oben, II., bei Fußn. 42; z.B. Diederichsen, unterscheidet auch die Gebrauchssicherheit (Integritätsinteresse) von dem Gebrauchsinteresse (Transaktionsinteresse); vgl. NJW 1978, 1286.

¹³³ BGH 26. 11. 1968, NJW 1969, 269 mit Anm. von Diederichsen; s. auch Lorenz, Einige rechtsvergleichende Bemerkungen zum gegenwärtigen Stand der Produkthaftungspflicht im deutschen Recht, RabelsZ 34 (1970), S. 14 ff.

¹³⁴ BGH 19. 6. 1973, NJW 1973, 1602.

¹³⁵ BGH 19. 2. 1975, NJW 1975, 824.

¹³⁶ BGH 3. 6. 1975, NJW 1975, 1827.

¹³⁷ Grundlegend dazu s. Lorenz, W., Warenabsatz und Vertrauensschutz, in Karlsruher Forum 1963, S. 8 ff.; ders., Rechtsvergleichendes zur Haftung des Warenherstellers und Lieferanten gegenüber Dritten, in Festschrift für H. Nottarp, Karlsruhe 1961, S. 59 ff.: „Das Bedürfnis, den Hersteller für Schäden, die durch fehlerhafte Ware verursacht werden, direkt haftbar zu machen, ist also naheliegend und wird von den Gerichten auch längst anerkannt. Zweifelhaft kann daher heute nur sein, auf welchem Wege solche Verantwortlichkeit herbeigeführt werden soll und welche Maßstäbe anzulegen sind.“ Esser, Schuldrecht, 2. Aufl., 1960, § 50, 5; § 204, 5; Diederichsen, Die Haftung des Warenherstellers, S. 1; vgl. auch den Überblick über die rechtsdogmatischen Möglichkeiten zur Begründung einer Produzentenhaftung

„Eine konsumorientierte Gesellschaft braucht einen haftungsrechtlichen Schutz gegen schadenstiftende Waren. Die verschiedenen Verantwortungskreise lassen den Warenproduzenten als Zurechnungssubjekt für die Haftung am geeignetsten erscheinen. Zwischen ihm und dem Verbraucher kommt es zu einer unmittelbaren Beziehung dadurch, daß der Hersteller den Absatz seiner auf Massenverbrauch angelegten Produktion durch intensive Werbung unterstützt, die sich direkt an den Verbraucher richtet und dessen Kaufentschluß bestimmt. Der Hersteller bedient sich zu seiner Massenproduktion sämtlicher verfügbaren technischen Hilfsmittel und zieht daraus den wirtschaftlichen Vorteil, obwohl sich mit vertretbarem ökonomischem Aufwand das Auftreten von Produktmängeln nicht gänzlich vermeiden läßt. Nach dem Nutzen-Nachteil-Prinzip ist dieses Produkterisiko, für das die Anwendung des an menschliches Versagen anknüpfenden deliktischen Verschuldensprinzips fragwürdig geworden ist, eher dem Hersteller als dem Verbraucher anzulasten. Der mehrstufige Warenabsatz weist dem Zwischenhändler, der als Vertragspartner des Verbrauchers für vertragliche Ansprüche allein in Frage käme, eine bloße Verteilerfunktion zu; auch diese Sinnentleerung der Händlerfunktionen drängt zur Produzentenhaftung. Deren letztes, entscheidendes Argument ist aber dieses, daß nur der Hersteller in ökonomisch sinnvoller Weise das Produkterisiko versichern lassen kann, indem er die dafür erforderlichen Prämien durch entsprechende Heraufsetzung des Kaufpreises für seine Waren dem Konsumenten in Rechnung stellt, so daß letztlich dieser selbst für die Kosten einer Haftung aufkommt, die ausschließlich in seinem Interesse angeordnet ist.“¹³⁸

Diese Ausführungen stellen nichts anderes als eine stark verkürzte ökonomische Analyse und Rechtfertigung der Produzentenhaftung dar; außerdem zeigen sie eine deutliche Parallele zu unserer Begründung der Haftung für c. i. c. seitens der Angebots- gegenüber der Nachfrageseite auf. Bei der Produzentenhaftung ist es genauso wie bei der Haftung für das Verschulden bei der Vertragsanbahnung; die Nachfrageseite muß zumindest in ihrer solidarischen Gesamtheit, für diese strengere, weil vertragsrechtliche Haftung, wirtschaftlich aufkommen, so daß diese Haftung auch dadurch zusätzlich ökonomisch legitimiert wird.¹³⁹

Hier wie dort muß die Nachfrageseite die Verbesserung ihrer eigenen rechtlichen Situation infolge der Statuierung einer vertragsrechtlichen bzw. einer verschärften deliktsrechtlichen Haftung selbst bezahlen.

bei Palandt/Thomas, § 823, Anm. 16; sowie bei Diederichsen, Wohin treibt die Produzentenhaftung? NJW 1978, 1281 ff.; Dunz/Kraus, Haftung für schädliche Ware, S. 119 ff.

Zur bürgerlich-rechtlichen Problematik der Bewältigung von Funktionsaufteilungen auf der Angebotsseite s. oben III.7.1.8.; sowie Esser/Schmidt, Schuldrecht AT, Teilband 2, S. 50 f., 51: „Ökonomisch gesehen, stehen einander Absatz- und Konsumentenbereich gegenüber. Wenn jener im Zuge der Wirtschaftsentwicklung zu differenzierten Verteilungsformen gefunden hat, so darf aus der Zufälligkeit der je verwendeten juristischen Form keine Schutzlosigkeit des Abnehmers fließen. § 278 hat u. a. gerade den Sinn, ihm dies Formrisiko abzunehmen. Er hebt die aus der Arbeitsteiligkeit resultierenden wirtschaftlichen und rechtlichen Ausgliederungen in der Person des Schuldners gleichsam auf und überläßt es diesem, sich bei der von ihm in das Erfüllungsprogramm eingeschalteten (juristischen oder natürlichen) Person zu erholen. Bedenkt man überdies, daß sich die höchstrichterliche Rechtsprechung in anderem Zusammenhang durchaus geneigt zeigt, der vermeintlichen bzw. tatsächlichen wirtschaftlichen Realität den Vorzug vor der je gewählten juristischen Form zu geben, so sollte es nicht schwerfallen, den sonst so wichtig eingeschätzten Verbraucherschutz auch im vertraglichen Bereich zu praktizieren.“

¹³⁸ Diederichsen, NJW 1978, 1281.

¹³⁹ S. oben IV.1.3.3.3.

Diese Ausführungen von Diederichsen weisen nämlich eine Haftung für Produktschäden demjenigen zu, der den Schaden als „cheapest cost avoider“ mit dem geringsten Kostenaufwand verhüten kann, d.h. demjenigen, der die Kosten tragen würde, wenn eine vollständige marktgemäße Risikoüberwälzung möglich wäre. Der Hersteller ist aber zugleich auch derjenige, bei dem die geringste Gefahr der Verursachung externer Kosten, d.h. einer nicht marktkonformen unkontrollierten Kostenüberwälzung besteht.¹⁴⁰ „Beide Überlegungen sprechen z. B. dafür, die Haftung für Schäden aus gefährlichen Erzeugnissen den Herstellern aufzuerlegen, die das Risiko besser kontrollieren, sich leichter versichern und den Präventionsaufwand gegebenenfalls im Preis weitergeben können.“¹⁴¹ Die ökonomische Analyse des Rechts kann somit bekräftigen, daß den Hersteller die Haftung für gefährliche Produkte, die das Integritätsinteresse eines Käufers verletzen können, aufzuerlegen ist.

Welche haftungsrechtliche Konstruktion dafür zivilrechtlich am besten geeignet sein kann, ist demgegenüber im Schrifttum äußerst strittig. Die Vorschläge aus der Literatur reichen hier von quasi-vertraglichen¹⁴² bzw. vertraglichen¹⁴³ Ansprüchen über den Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte oder die Drittschadensliquidation¹⁴⁴

¹⁴⁰ Der Hersteller muß seine Leistungsverwertung und damit auch die Kostendeckung über den Markt zu bewerkstelligen versuchen, indem er seine Waren zum Verkauf anbietet.

¹⁴¹ Horn, AcP 176, 325 unter Hinweis auf Calabresi.

¹⁴² Vgl. insbesondere den Gedanken der Vertrauenshaftung bei Lorenz, Warenabsatz und Vertrauensschutz, a. a. O., Fußn. 137, S. 14 ff.; Canaris, Die Produzentenhaftpflicht in dogmatischer und rechtspolitischer Sicht, JZ 1968, 494 ff.; Reh binder, E., Zur Haftung des Warenherstellers gegenüber dem Verbraucher ohne Verschulden, BB 1965, 439; ders., ZHR 67, 176; Markert, K., Die Schadenshaftung des Warenherstellers gegenüber dem Verbraucher, BB 1964, 231.

¹⁴³ Statt vieler s. Diederichsen, Die Haftung des Warenherstellers, S. 34 ff.; Müller, K., Zur Haftung des Warenherstellers gegenüber dem Endverbraucher, AcP 165, 285 ff., 304 f.

¹⁴⁴ S. die Hinweise bei Diederichsen, Wohin treibt die Produzentenhaftung, NJW 1978, 1282; Lange, Schadensersatz, S. 291 f.; sowie BGH 26. 11. 1968, NJW 1969, 271 ff.; z. B. der OGH wählte den konstruktiven Weg der Produzentenhaftung auf der Grundlage der vertraglichen Schutz- und Sorgfaltspflichten zugunsten Dritter, s. OGH 4. 2. 1976, ÖJZ 1976, 325 ff., 327: „Auf der in Judikatur und Lehre gesicherten dogmatischen Grundlage der Schutzpflichten zugunsten Dritter ist in Fortentwicklung dieser Lehre auch das Problem der Produzentenhaftpflicht zu lösen. Der Produzent strebt ja den Absatz der von ihm erzeugten Produkte an; es ist ihm klar, daß diese Produkte gegebenenfalls durch eine Kette von Kauf- oder Werkverträgen zu einem Endabnehmer kommen, der im Vertrauen auf die einwandfreie Beschaffenheit dieser Produkte seine Rechtsgüter der Einwirkung der erworbenen Sachen eröffnet. Dann erscheint aber der erste Kaufvertrag als Vertrag mit Schutzwirkungen zugunsten dessen, der durch eine Kette von weiteren Verträgen – seien es Kauf- oder Werkverträge – als berechtigt ausgewiesen wird. Im einzelnen ist freilich der Umfang der dem Produzenten erwachsenden Sorgfalt- und Aufklärungspflichten zu prüfen. Als in der Judikatur gesichert kann gelten, daß eine Pflichtverletzung jedenfalls dann vorliegt, wenn der Produzent Sachen in den Verkehr bringt, die technische Mängel aufweisen. Es ist zu fordern, daß der Hersteller seine Erzeugnisse sach- und zweckgerecht konstruiert; sie müssen im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren fehlerfrei sein, so daß bei normalem bestimmungsgemäßem Gebrauch keine Schäden auftreten; insb. müssen dabei die einschlägigen Unfallverhütungsvorschriften beachtet werden.“

bis zur deliktsrechtlichen Haftung¹⁴⁵ und der Gefährdungshaftung.¹⁴⁶ Seit der „Entdeckung“¹⁴⁷ der zivilrechtlichen Problematik der Produzentenhaftung durch Esser und Lorenz in Deutschland ist in der Literatur die Diskussion über eine interessen-gemäße und rechtsdogmatisch einwandfreie Lösung der zivilrechtlichen Problematik der Produzentenhaftung nicht mehr abgerissen, obwohl es heute nach der Hühnerimpfstoff-Entscheidung des BGH¹⁴⁸ im wesentlichen nur noch darum geht, ob auch die deutsche Rechtsentwicklung dem weltweiten Trend zur Gefährdungshaftung Folge leistet oder nicht.¹⁴⁹

Entsprechend unserem Verständnis, die Verletzung von Integritätsinteressen, die eng mit Transaktionen verbunden sind, mit den schuldrechtlichen Sanktionen des Vertragsrechts zu begegnen, die zur Regelung und Kontrolle von ökonomischen Güteraustauschvorgängen im BGB geschaffen worden sind,¹⁵⁰ muß in Anlehnung an die Darlegungen, insbesondere von Lorenz, Canaris, Markert und Rehbinders¹⁵¹

Vgl. so jetzt auch BGH 28. 6. 1979, NJW 1979, 2036 im Fall einer Herstellergarantie, auf die auch in der Werbung Bezug genommen wird: „Eine Herstellergarantie kann durch Vertrag zugunsten Dritter zwischen dem Hersteller und dem Großhändler an den Endabnehmer weitergegeben werden.“ (Leitsatz); vgl. dazu auch Lehmann, M., BB 1980, 964 ff.

¹⁴⁵ Simitis, S., Soll die Haftung des Produzenten gegenüber dem Verbraucher durch Gesetz, kann sie durch richterliche Fortbildung des Rechts geordnet werden? In welchem Sinne? Gutachten für den 47. Deutschen Juristentag, Bd. I, München 1968, S. C 6 ff.; im Anschluß daran BGH 26. 11. 1968, NJW 1969, 269.

¹⁴⁶ Besonders ökonomisch ausgerichtet, Brendel, Th., Qualitätsrecht. Die technisch-ökonomischen Implikationen der Produzentenhaftung, S. 92 ff., 133 ff.; s. auch Kramer, Konsumentenschutz als neue Dimension des Privat- und Wettbewerbsrechts, ZSR 1979, 75 ff.; Larenz, Schuldrecht, BT, S. 76; auch der Vorschlag der EG-Kommission zielt auf eine Gefährdungshaftung ab, Bulletin 11/76, S. 7 ff., BT-Drucks. 77/3812; zur amerikanischen Entwicklung s. von Westphalen, Die US-amerikanische Produzentenhaftung, WM 1979, 542 ff.

¹⁴⁷ Canaris, JZ 1968, 494.

¹⁴⁸ BGH 26. 11. 1968, NJW 1969, 269.

¹⁴⁹ Befürwortend Brendel, S. 133; kritisch Diederichsen, NJW 1978, 1291.

¹⁵⁰ S. oben IV. 1.3. zur Unterscheidung der ökonomischen Funktion des Vertrags- im Gegensatz zum Deliktsrecht; aus rein rechtsdogmatischer Sicht kommt auch Evans-v.Krbek, AcP 179, 134 f. zum gleichen Ergebnis: „Soweit der Käufer bei der ordnungsgemäßen Benutzung oder dem vorgesehenen Verbrauch der Sache infolge eines Sachmangels, der bereits vom Produzenten herrührt, einen Schaden erleidet – der also nicht in der Leistung der mangelhaften Kauf(Sache) als solcher durch den Zwischenhändler besteht –, kann er diesen analog §§ 323 ff., 275 ff., genauer: §§ 433 ff. (104 ff., 145 ff.), 440 I, 325 I 276, 278, 282, 285 analog wegen Nichterfüllung der Pflicht des Produzenten zur sorgfältigen Herstellung verlangen. Denn der Hersteller ist innerhalb seines Rechtsgeschäftskreises, der ja gerade die Produktion der Verkaufsgüter umfaßt, zu sorgfältigem Verhalten verpflichtet und haftet damit aus einem ‚rechtsgeschäftsähnlichen‘ = ‚kaufvertragsähnlichen‘ Schuldverhältnis bei Nichterfüllung dieser ‚im Verkehr erforderlichen Sorgfalt‘.“

Daß der Produzent aber die im Verkehr erforderliche Sorgfalt innerhalb des die Qualitätsrichtigkeit umfassenden Produktionsrechtsgeschäftskreises nicht erfüllt hat, wird nach §§ 282, 285 analog vermutet. Außerdem greift § 278 analog hinsichtlich der Haftung für Erfüllungsgehilfen (bezüglich der Erfüllung der im Verkehr erforderlichen Verhaltens/Sorgfaltspflichten durch diese) Platz.“

¹⁵¹ S. oben Fußn. 142; diese ist auch „methodenehrlicher“ als eine gekünstelt konstruierte

einer quasi-vertraglichen Lösung der Produzentenhaftung zumindest solange der Vorzug gegeben werden, solange eine gesetzliche Festschreibung einer Gefährdungshaftung für schadensstiftende Produkte noch nicht stattgefunden hat. Der Schutz dieser Integritätsinteressen, etwa des Lebens und der Gesundheit eines Käufers von Industrieprodukten oder seiner Angehörigen, ist eine so eng mit diesem Gütertausch verbundene Voraussetzung für den Käufer, daß dadurch, ähnlich wie bei der Haftung für p. F. V.,¹⁵² die Durchführung dieser Transaktion selbst in Frage gestellt werden könnte. Ohne eine derartige Haftung wäre der Kauf von industriell gefertigten Produkten auf Seiten des Käufers in vielen Fällen mit einem so hohen ökonomischen Risiko belastet, daß dieser Transaktionsvorgang wesentlich erschwert bzw. häufig sogar völlig ausgeschlossen bleiben würde. Der ökonomische Kreislauf müßte mit hohen Transaktionskosten belastet und eine möglichst optimale Allokation der Ressourcen ausgeschlossen werden. Rechtlich kann dies dadurch verhindert werden, daß das Integritätsinteresse eines Käufers genauso wie dessen Transaktionsinteresse, d. h. folglich entsprechend vertragsrechtlicher bzw. quasi-vertraglicher Grundsätze geschützt wird. Insofern decken sich die ökonomischen Überlegungen, die zur Produzentenhaftung führen, mit denjenigen, die die rechtsdogmatischen Überlegungen zur Haftung für c. i. c. und p. F. V. untermauern konnten. Auch bei der Produzentenhaftung muß aus Gründen der rechtlichen Ordnung, Kontrolle und Förderung von wirtschaftlichen Austauschvorgängen, die damit zusammenhängende Verletzung der Integritätsinteressen von Transaktionspartnern genauso wie die Verletzung von Transaktionsinteressen sanktioniert werden.

Aber auch der von der höchstrichterlichen Rechtsprechung eingeschlagene prinzipiell deliktsrechtliche Lösungsweg ist zumindest im ökonomischen Endergebnis nicht so weit von einer quasi-vertraglichen Haftung entfernt, daß dies für den Käufer zu einer entscheidenden rechtlichen Benachteiligung führen würde.¹⁵³

Das Manko des deliktsrechtlichen Schutzes von reinen Vermögensschäden in § 823 schlägt bei der Produzentenhaftung nicht zu Buche, da hier immer eine Verletzung von Lebensgütern oder des Eigentums vorliegt. Was die Beweislastvertei-

vertragliche Beziehung zwischen Hersteller und Letztabnehmer, s. Lorenz, a. a. O., Fußn. 137, S. 15.

¹⁵² S. oben IV.1.3.5.1.

¹⁵³ S. dazu BGH 26. 11. 1968, NJW 1969, 273: „Besondere Überlegung verdient der Gedanke, eine auf dem Gesetz beruhende, aus dem Vertrauensgedanken entwickelte quasikontraktliche Sonderrechtsbeziehung zwischen Hersteller und Verbraucher anzuerkennen. In der Tat dürften die Beziehungen, die zwischen dem Käufer eines schadensstiftenden Produktes und dessen Hersteller vor Eintritt des Schadens bestanden haben, von engerer Art sein als die, die den Hersteller mit ‚jedermann‘ dann – und erst dann – in Verbindung bringen, wenn dieser durch sein Produkt zu Schaden kommt. Diesen ‚Jedermann‘ auf deliktische Ansprüche zu verweisen, ist gerecht. Hinsichtlich der Ersatzansprüche eines Käufers dagegen könnte erwo-gen werden, sie auch dann aus Vertragsrecht abzuleiten, wenn er die Ware nicht beim Hersteller direkt, sondern über einen Händler gekauft hat.“

Auch von BGH wird somit anerkannt, daß der ökonomischen Sonderbeziehung (Dekungsbeitrag) zwischen Hersteller und Händler einerseits und dem Käufer andererseits, eine rechtliche Sonderbeziehung entsprechen muß; s. unten IV.1.3.5.3.

lung angeht, hat der BGH mit seiner grundlegenden Hühnerimpfstoff-Entscheidung eine Beweislastumkehr für das Verschulden des Produzenten geschaffen.¹⁵⁴ Ein Geschädigter hat somit nur das objektive Vorliegen eines Warenfehlers sowie seine daraus resultierende Verletzung unter Beweis zu stellen; aber auch insoweit hat die Rechtsprechung des BGH weitere Beweiserleichterungen durch die Zulassung des Anscheinsbeweises für den Schadensexistenz- und Kausalitätsnachweis eröffnet.¹⁵⁵ Dem Käufer eines fehlerhaften Produkts steht somit in Abänderung der sonst zur Begründung einer deliktischen Haftung gemäß § 823 erforderlichen Tatbestandsmerkmale ein Schadensersatzanspruch offen, wenn es sich um Körper- oder Sachschäden handelt, die durch eine fehlerhafte Ware verursacht worden sind, wobei dem Geschädigten bei typischen Integritätsverletzungen (Folgeschäden) für den Nachweis der Fehlerhaftigkeit der Ware und der Ursächlichkeit für den Schaden die Beweiserleichterung des Anscheinsbeweises zur Seite steht. Diederichsen spricht infolge dieser Abweichung von den sonst üblichen deliktsrechtlichen Haftungsvoraussetzungen bereits von einer „eigenen Dogmatik“ der Produzentenhaftung.¹⁵⁶

Auch hinsichtlich der Haftung für das Verhalten Dritter ist im Rahmen der Produzentenhaftung der Exkulpationsbeweis für den Verrichtungsgehilfen gemäß

¹⁵⁴ BGH 26. 11. 1968, NJW 1969, 274: „Die Rechtsprechung ist daher seit langem dem Geschädigten dadurch zu Hilfe gekommen, daß sie sich mit dem Nachweis einer Kausalkette begnügt hat, die nach der Lebenserfahrung zunächst für ein ‚Organisationsverschulden‘ des Herstellers spricht. Hierbei kann jedoch für Schadensersatzansprüche aus ‚Produzentenhaftung‘ nicht stehengeblieben werden. Allzuoft wird der Betriebsinhaber die Möglichkeit dartun, daß der Fehler des Produkts auch auf eine Weise verursacht worden sein kann, die den Schluß auf sein Verschulden nicht zuläßt – ein Nachweis, der zumeist wiederum auf Vorgänge im Betriebe des Schädigers beruht, daher vom Geschädigten schwer zu widerlegen ist. Infolgedessen kann der Hersteller dann, wenn es um Schäden geht, die aus dem Gefahrenbereich seines Betriebes erwachsen sind, noch nicht dadurch als entlastet angesehen werden, daß er Möglichkeiten aufzeigt, nach denen der Fehler des Produkts auch ohne ein in seinem Organisationsbereich liegendes Verschulden entstanden sein kann. Dies gebieten in den Fällen der Produzentenhaftung die schutzbedürftigen Interessen des Geschädigten – gleich ob Endabnehmer, Benutzer oder Dritter; andererseits erlauben es die schutzwürdigen Interessen des Produzenten, von ihm den Nachweis seiner Schuldlosigkeit zu verlangen.“ S. auch BGH 28. 9. 1970, JZ 1971, 29; s. dazu Diederichsen, VersR 1971, 1077; v. Westphalen, BB 1971, 152.

¹⁵⁵ Grundlegend BGH 28. 9. 1970, JZ 1971, 29, 30: „War im hier zu beurteilenden Fall die automatische Nachstellvorrichtung der Bremsen unfallanfällig und damit eine Fehlkonstruktion, so müßte erwogen werden, ob nicht etwa der Anscheinsbeweis begründet ist, daß ein bei der Bremsung eingetretener Unfall die Folge der fehlerhaften Bremsvorrichtung ist. Die Beklagte müßte dann Tatsachen vortragen, die hinreichen, um ernsthaft die Möglichkeit eines anderen Geschehensablaufs in Betracht zu ziehen und den Anscheinsbeweis zu erschüttern. Als ein solcher Sachverhalt käme nach Auffassung des Berufungsgerichts nur eine fehlerhafte Fahrweise des Klägers in Frage. Daß der Kläger hierfür bisher eine ernsthafte Möglichkeit nicht aufgezeigt hat, ist bereits ausgeführt worden.“

¹⁵⁶ Diederichsen, NJW 1978, 1283, 1288 f.; s. auch Lorenz, Beweisprobleme bei der Produzentenhaftung, AcP 170 (1970), 367 ff.; Dunz/Kraus, S. 112 ff.; Larenz, Schuldrecht BT, S. 74 ff.

§ 831¹⁵⁷ durch die Rechtsprechung des BGH praktisch ausgeschlossen worden.¹⁵⁸ Indem dem Hersteller die Pflicht zur namentlichen Benennung der mit der Herstellung befaßten Arbeitnehmer sowie die Führung eines Entlastungsbeweises für alle Personen, die als Verursacher der Fehlerhaftigkeit eines Produkts in Frage kommen, auferlegt wird,¹⁵⁹ wird die Exkulpationsmöglichkeit für die Praxis regelmäßig ausgeschlossen. Außerdem wurde der personelle Anknüpfungsbereich für die Produzentenhaftung um bestimmte, für die Produktion neben dem Hersteller verantwortlich tätige werdende Personen erweitert; passiv legitimiert sind somit alle Hersteller,¹⁶⁰ die Produktionsleiter sowie alle sonstigen diesen gleichzustellenden Personen, die im Rahmen der Herstellung von Industriegütern eine herausgehobene und verantwortliche Stellung innehaben.¹⁶¹

„Im Rahmen der Haftung des Warenherstellers ist der Exkulpationsbeweis für den Verrichtungsgehilfen – hält man sich an das praktische Ergebnis der veröffentlichten Gerichtsurteile – tot! ... Gelingt es, die personelle Situation in einem Betrieb, obwohl es sich in der Regel ja um zeitlich weit zurückliegende Vorgänge handelt, zu entwirren, so droht dem Hersteller der Vorwurf mangelhafter Personalausstattung; gelingt dies nicht, bleiben die eigentlichen Schadensstifter also im Dunkel, so bleibt umgekehrt der Vorwurf unübersichtlicher Personalverhältnisse – kurz: das Risiko, für das Versagen von Gehilfen im Rahmen von § 831 BGB einzustehen, wird umgemünzt in einen Tadel mangelhafter Organisation des Betriebes, für den es keine Entlastung gibt, weil unmittelbar nach § 823 I i. V. etwa mit § 31 BGB gehaftet wird. Dieser Tadel kann praktisch nach Bedarf erteilt werden, sobald der Verbraucherschutz eine sonst nicht zu gewährende Haftung erwünscht sein läßt.“¹⁶²

¹⁵⁷ Im Rahmen einer industriellen Produktion verneinen schon prinzipiell diese Möglichkeit der Anwendung des § 831 Steindorff, AcP 170, 120; Fikentscher, S. 649 f.; Giesen, D., Anmerkung zu BGH 19. 6. 1973 (Feuerwerkskörper), JR 1973, 503 f.

¹⁵⁸ Vgl. BGH 17. 10. 1967, NJW 1968, 247 (Schubstrebe); 19. 6. 1973, NJW 1973, 1602 (Feuerwerkskörper).

¹⁵⁹ BGH a. a. O., NJW 1968, 248: „Die Beklagte hat nicht vorgetragen und erst recht nicht unter Beweis gestellt, daß die Schubstrebe des Unfallwagens durch S. kontrolliert worden ist. Die Revision geht selbst davon aus, daß es nicht möglich ist darzutun, auf welche Person oder Personen die schadensbedingende Handlung zurückzuführen ist. Unter solchen Umständen muß der Entlastungsbeweis nach § 831 BGB für alle Personen geführt werden, die als Urheber der Handlung in Betracht kommen können. Daher verlangt das Berufungsgericht zutreffend, daß der Arbeitnehmer namhaft gemacht wird, der im Zeitpunkt des Schadensereignisses als Ersatzmann verantwortlich war.“

¹⁶⁰ Dies ist auch ein Produzent, der ein Endprodukt aus vorfabrizierten und zugelieferten Teilen zusammensetzt, BGH 3. 6. 1975, NJW 1975 1827 (Spannhülse).

¹⁶¹ BGH 3. 6. 1975 (Spannhülse), JZ 1976, 523 mit Anm. von Liebs speziell zu dieser Problematik der Haftung des Produktionsleiters.

¹⁶² Diederichsen, NJW 1978, 1287; s. auch Evans-v. Krbek, AcP 179, 136: „Damit tritt aber in diesem rezenten Fall (BGH 24. 11. 1976 – Schwimmschalter, NJW 1977, 379, Anmerkung des Verfassers) die erstaunliche Übereinstimmung der Produzentenhaftung, also einer Haftung aus Delikt, mit den vertraglichen Grundsätzen der sog. pVV besonders deutlich hervor. Der BGH lehnt nämlich zuerst die – nach seiner Rechtsprechung – vertragliche Haftung aus pVV, die eine Verschuldensvermutung der Produzentin/Beklagten in ihrem Verantwortungs- und Gefahrenkreis mit sich brächte (§ 282 analog), wegen eingetretener Verjährung ab. Anschließend jedoch bejaht der 8. Senat im Deliktsbereich hinsichtlich des Verschuldens der Beklagten eben diese Beweislastumkehr zugunsten der Klägerin, der er schon im Hühnerpestfall wenig

Angesichts dieser höchststrichterlichen Ausgestaltung der Beweisanforderungen und der faktischen Elimination des Entlastungsbeweises gemäß § 831 führt die prinzipielle Ansiedlung der Produzentenhaftung im Deliktsrecht zu keinem Schutzdefizit gegenüber einer quasi-vertraglichen Regelung; rein vom Ergebnis her betrachtet, ist die gleiche Haftungssituation gegeben, wie wenn die vertragsrechtlichen Regelungen der §§ 282, 285 und 278 zumindest in Analogie zur Anwendung kommen würden. *Das Integritätsinteresse eines Käufers von industriell hergestellten Gütern wird somit rechtlich genauso wie dessen Transaktionsinteresse geschützt.* Die Ausgestaltung der Produzentenhaftung durch die Rechtsprechung des BGH reiht dieses Rechtsinstitut in die im Rahmen unseres Exkurses behandelte Rechtsinstitute der c.i.c. sowie p.F.V. ein;¹⁶³ jedesmal geht es um einen angemessenen schuldrechtlichen Schutz von Integritätsinteressen, die aufgrund ihrer Nähe zu bestimmten ökonomischen Transaktionen anhand der gleichen vertragsrechtlichen Maßstäbe des bürgerlichen Rechts wie diese selbst geschützt werden müssen. Alle diese vertrags-, quasi-vertragsrechtlichen oder deliktsrechtlichen Institute mit einer eigenständigen Dogmatik dienen der rechtlichen Kontrolle und Förderung von wirtschaftlichen Güteraustauschvorgängen, der „Reibungslosigkeit des Geschäftsverkehrs“, in dem in bestimmten Fällen die Verletzung von Integritätsinteressen genauso wie die Verletzung von Transaktionsinteressen bürgerlich-rechtlich sanktioniert wird; dies ist immer dann der Fall, wenn aus der Sicht eines der Transaktionspartner die rechtliche Sicherung seines Integritätsinteresses mindestens genauso wichtig wie, oder wichtiger als das Interesse an der Durchführung eines bestimmten wirtschaftlichen Austauschvorganges ist: Auf eine kurze Formel gebracht: *Es geht um den Schutz des transaktionsnahen Integritätsinteresses anhand vertragsrechtlicher Grundsätze.* In diesen Fällen muß das bürgerliche Recht mit den dafür eigens geschaffenen dynami-

überzeugend folgende Grundlage gegeben hatte: „Es ist kein durchgreifender Grund ersichtlich, warum diese (für die vertraglichen oder quasivertraglichen Sonderrechtsbeziehungen entwickelte) Beweisregel nicht dann für nach Deliktsrecht zu entscheidende Haftungsfälle gelten soll, wenn die der Regel zugrundeliegenden Erwägungen auch hier zutreffen.“ Die hier vom 8. Senat fortgesetzte ‚Rechtsfortbildung‘ des Deliktsrechts im Bereich der Produkthaftung zeigt damit besonders eindringlich die Durchbrechung der Abgrenzung zwischen vertraglichem und deliktischem Haftungsbereich. Auch wird ganz deutlich, daß die Ansprüche des Käufers aus pVV inhaltlich weitgehend dieselbe Reichweite haben wie diejenigen (Verkehrssicherungs-)Pflichten, die der Produzentenhaftung zugrunde liegen. Dies aber spricht für die hier vorgeschlagene einheitliche Behandlung sowohl der sog. pVV wie der Grundsätze der Produzentenhaftung.“ Vgl. in diesem Zusammenhang auch BGH 28. 6. 1979, NJW 1979, 2036 (Herstellergarantie); ähnlich wie bei bestimmten Fällen der p.F.V. geht es hier auch um das Transaktionsinteresse, s. oben IV.1.3.5.1.

¹⁶³ Entsprechendes gilt auch für die Rückabwicklung formnichtiger oder aufgrund mangelnder Geschäftsfähigkeit unwirksamer Verträge; die Unwirksamkeit des Vertrages darf nur dazu führen, daß eine Erfüllung (positives Interesse) nicht verlangt werden kann; die Beziehungen zwischen den Parteien müssen aber gleichwohl anhand einer zumindest analogen Heranziehung von vertragsrechtlichen Bestimmungen geregelt und auch wieder aufgelöst werden; s. in diesem Zusammenhang auch Lorenz, Das Problem der Aufrechterhaltung formnichtiger Schuldverträge, AcP 156, S. 381 ff.

schen Bestimmungen, d.h. also mit vertragsrechtlichen Instrumenten im Rahmen einer angemessenen Kontrolle und ordnenden Förderung des ökonomischen Kreislaufes von monetären und realen Strömen, die Verletzung von Integritätsinteressen genauso wie die Verletzung von Transaktionsinteressen sanktionieren. Das von Natur aus statisch angelegte Deliktsrecht ist dazu nicht ausreichend geeignet. Die ökonomische Analyse des Rechts kann daher erneut einmal die Richtigkeit der rechtsdogmatischen Weiterentwicklung dieser Bereiche des im BGB nicht näher geregelten Schuldrechts bestätigen und die gemeinsame ökonomische Grundlage dieser inzwischen gewohnheitsrechtlich anerkannten Rechtsinstitute aufzeigen.

1.3.5.3. Produzentenhaftung und vertragsähnliche Beziehungen

Bevor wir jedoch den Bereich der Produzentenhaftung endgültig verlassen und uns wieder der Vertragsanbahnung und Erklärungs haftung zuwenden wollen, muß aus der Rechtsprechung des BGH zur Haftung des Herstellers noch auf einige für unsere Untersuchung sehr wichtige Ausführungen hingewiesen werden:¹⁶⁴

„Besondere Überlegung verdient der Gedanke, eine auf dem Gesetz beruhende, aus dem Vertrauensgedanken entwickelte quasikontraktliche Sonderrechtsbeziehung zwischen Hersteller und Verbraucher anzuerkennen. In der Tat dürften die Beziehungen, die zwischen dem Käufer eines schadensstiftenden Produktes und dessen Hersteller vor Eintritt des Schadens bestanden haben, von engerer Art sein als die, die den Hersteller mit ‚jedermann‘ dann – und erst dann – in Verbindung bringen, wenn dieser durch sein Produkt zu Schaden kommt. Diesen ‚Jedermann‘ auf deliktische Ansprüche zu verweisen, ist gerecht. Hinsichtlich der Ersatzansprüche eines Käufers dagegen könnte erwogen werden, sie auch dann aus Vertragsrecht abzuleiten, wenn er die Ware nicht beim Hersteller direkt, sondern über einen Händler gekauft hat.

a) Von derartigen Sonderrechtsbeziehungen zwischen Hersteller und Abnehmer der Ware ausgehend hatte zunächst Lorenz (auf dem Karlsruher Forum 1963) die Ansicht vertreten, der Hersteller müsse für das Vertrauen, das er mit einem Produkt, verstärkt durch die Werbung, beim Verbraucher geweckt habe, entsprechend § 122 BGB eintreten. Diesen Gedanken hat der VIII. Zivilsenat des BGH am Schluß seines Urteils v. 13. 7. 1963 (BGHZ 40, 91, 108 = NJW 63, 2071) erwähnt. Er hat damit aber keine Stellung nehmen wollen. In seinem Urteil BGHZ 48, 118 = NJW 67, 1903 hat er es abgelehnt, der Werbung haftungsbegründende Kraft zuzulegen. Daß sie im Ringen um den ‚König Kunde‘ immer umfangreicher und betriebswirtschaftlich gesehen, immer bedeutungsvoller geworden ist, besagt noch nicht, daß ihr rechtlich die Bedeutung einer Haftungszusage zukäme. So versteht sie ein verständiger Verbraucher auch nicht. Lorenz hat denn auch seinen Gedanken – den vor allem Markert (BB 64, 319ff.) und Reh binder (ZHR 67, 180ff.) aufgenommen hatten – nicht weiterverfolgt (s. Kieler Tagung für Rechtsvergleichung 1965 – Heft 28 der Schriftenreihe für Rechtsvergleichung, S. 51/52).

b) Auf dem Grundgedanken von Lorenz bauen die Lösungsversuche auf, die Haftung des Herstellers aus einem Einstehen für in Anspruch genommenes und vom Verbraucher gewährtes Vertrauen, entsprechend den für culpa in contrahendo entwickelten Rechtssätzen, abzuleiten (vgl. Reh binder, BB 65, 439 und ZHR 67, 176; Steffen, JR 68, 287 und vor allem Canaris, JZ 68, 494).

Es ist indes zweifelhaft, ob diese Überlegungen tragfähig sein könnten, im Wege einer Fortbildung des Rechts dem Verbraucher einen Ersatzanspruch zu gewähren, der, so wie der

¹⁶⁴ BGH 26. 11. 1968 – Hühnerimpfstoff, NJW 1969, 273 (Hervorhebungen durch den Verf.).

deliktische Anspruch, nicht ohne weiteres abbedungen werden könnte, andererseits nicht vom Entlastungsbeweis des § 831 BGB bedroht wäre. Der Senat hat sich schon in seinem Urteil v. 21. 3. 1967 (VI ZR 164/65 – LM Nr. 4 zu § 276 /Ha/BGB = MDR 67, 577) gegen die Versuche gewandt, die Haftung eines außerhalb des Vertrages stehenden Dritten aus in Anspruch genommenem Vertrauen zu begründen, und betont, daß damit die durch den Vertrag gezogene Abgrenzung zwischen schuldrechtlichem und deliktischem Haftungsbereich in folgenschwerer Weise durchbrochen würde. Ob die dort gegen eine Haftungsausdehnung bei positiver Vertragsverletzung ausgesprochenen Bedenken auch gegen die Einbeziehung des Produzenten in eine vertragsähnliche Haftung sprechen, braucht im vorliegenden Fall nicht abschließend entschieden zu werden. Auch braucht der Frage nicht nachgegangen zu werden, wie einem durch das Produkt Geschädigten ein solcher quasikontraktlicher Anspruch zugesprochen werden soll, wenn er das Produkt nicht gekauft hatte, sondern bei dessen Benutzung durch ihn selbst oder durch andere zu Schaden gekommen war. *Im vorliegend zu entscheidenden Fall handelt es sich nicht um hintereinander geschaltete, rechtlich selbständige Kaufverträge in einer „Absatzkette“, bei der der Verkäufer in der Tat oft der bloße „Verteiler“ des Herstellers geworden ist, ein „Durchgriff“ daher naheliegt.* Hier stand vielmehr zwischen der Klägerin und der Beklagten ein Tierarzt, der allein zu entscheiden hatte, welchen Impfstoff er benutzte. Ihm und nicht einer etwaigen Werbung der Beklagten hatte die Klägerin ihr Vertrauen gewährt. Sie wäre nicht imstande gewesen, selbst den Impfstoff bei der Beklagten unmittelbar oder im Handel zu kaufen: die Beklagte durfte ihn nur an den Tierarzt abgeben und nur dieser durfte ihn anwenden (§ 87 der Ausführungsvorschriften zum Viehseuchengesetz i. d. F. v. 13. 3. 1958 – BAnz. Nr. 45 v. 6. 3. 1958 = BGBl. III 7831 – I – 1). Schon deshalb scheidet hier der Gedanke aus, zwischen den Parteien hätten *vertragsähnliche Beziehungen* bestanden. Die Klägerin war nicht „Verbraucherin“ des Impfstoffes, auch nicht dessen „Benutzerin“, sondern, rechtlich gesehen, „nur“ die Geschädigte. Als solche ist sie aber auf deliktische Ersatzansprüche beschränkt.“

Der BGH hat damit anerkannt, daß bereits schon zwischen einem Hersteller und einem Endverbraucher als Käufer eines von dem Hersteller gefertigten Gutes eine andersgeartete Beziehung existiert, als zwischen einem Hersteller und einem „jedermann“. Letztere Beziehung muß dem Deliktsrecht zugewiesen werden;¹⁶⁵ erstere ist demgegenüber vertragsrechtlichen bzw. quasi-vertragsrechtlichen Regelungen zu unterstellen, weil es sich um eine ökonomische Sonderbeziehung handelt. Erst recht muß dieser Gedankengang für das Verhältnis zwischen einem Werbenden und einem seiner Werbeadressaten Gültigkeit haben; auch diese stehen sich nicht wie „jedermann“ gegenüber, sondern befinden sich in einer wirtschaftlichen Sonderbeziehung. Die Nachfrageseite muß der Angebotsseite prinzipiell alle Aktivitäten der Werbung und Vertragsanbahnung über die Entrichtung von Deckungsbeiträgen, die im Kaufpreis der Waren und Dienstleistungen enthalten sind, vergüten.¹⁶⁶ Außerdem handelt es sich hier regelmäßig im Gegensatz zu dem vom BGH entschiedenen Fall um eine „Absatzkette“, weil, ausgehend vom werbenden Hersteller bis hin zum Werbeadressaten, dem Endverbraucher, eine Reihe von selbständigen Kaufverträgen hintereinander geschaltet ist; jeder Transaktionsvorgang von der Produktions- über die Handels- bis hin zur Letztverbraucherebene erfolgt aufgrund des Abschlusses von schuldrechtlichen Verträgen. In diesem Fall liegt auch nach Auffas-

¹⁶⁵ S. oben IV.1.3.3.2.

¹⁶⁶ S. oben IV.1.3.3.3.

sung des BGH ein haftungsrechtlicher „Durchgriff“ sehr nahe, vor allem dann, wenn dem unmittelbaren Vertragspartner des Letztverbrauchers im wesentlichen nur eine „bloße Verteilerrolle“ seitens des Herstellers zugewiesen wird. Die Frage einer Haftung des Herstellers für vertragsanbahnende Erklärungen gegenüber dem Nachfrager muß daher auch nach Auffassung des BGH vor dem Hintergrund entschieden werden, daß hier zwischen den Parteien „vertragsähnliche Beziehungen“ bestehen.

1.4. Ansatzpunkt und Beginn der Haftung für vorvertragliches Verschulden

Eng verbunden mit der Frage nach dem Rechtsgrund und der ökonomischen Funktion der Haftung für vorvertragliches Verschulden ist das Problem der Bestimmung des Anknüpfungspunkts und Beginns dieser Haftung. Geht man davon aus, daß die Haftung für c.i.c. der Senkung von Transaktionskosten durch den rechtlichen Schutz eines besonderen, im geschäftlichen Verkehr gewährten Vertrauens eines Transaktionspartners dient,¹⁶⁷ so muß der Beginn dieser Haftung mit dem Umstand und Zeitpunkt zusammenfallen, an welchen dieses schutzwürdige Vertrauen vernünftigerweise anknüpfen darf. Je nach den Gegebenheiten des Einzelfalles kann dies erst der Moment der Aufnahme von konkreten Vertragsverhandlungen zwischen den Parteien in einem Geschäftslokal oder der bereits schon früher liegende Zeitpunkt der Anbahnung geschäftlicher Beziehungen etwa durch Werbeangeboten sein.

1.4.1. Literatur

Hildebrandt bringt dazu als einer der wenigen aus der älteren Literatur ein Beispiel, das in gewisser Hinsicht einen ersten Bezug zu den modernen Formen des Marketing der Vertragsanbahnung herstellt: „Der Kaufmann A preist dem Landwirt B unter Vorlage einer Preisliste die Vorzüge seiner Ware an. Als B zwecks Ankaufs bei A in die Stadt kommt, erfährt er die Unrichtigkeit der die Waren oder den Preis betreffenden tatsächlichen Angaben. Infolgedessen kauft er nicht und begehrt Ersatz seiner Reisekosten; mit Recht, wenn die Angaben von vornherein unrichtig waren, oder A mit ihrem Unrichtigwerden bis zum Kundenbesuch rechnen mußte.“¹⁶⁸

Wesentlich deutlicher werden im Anschluß an Hildebrandt die neuen Techniken der Wirtschaftswerbung von Erman angesprochen und als Ansatzpunkt für den Beginn der Haftung für vorvertragliches Verschulden hervorgehoben:

„Als Beginn des Handelns und damit der Haftung muß in heutiger Zeit auch schon die Reklame, selbst in Zeitungen, und die Benutzung von Schaufenstern gelten. Nur sind die durch diesen Verhandlungsbeginn mit ‚wen es angeht‘ begründeten Pflichten noch entspre-

¹⁶⁷ S. oben IV.1.2.

¹⁶⁸ Hildebrandt, S. 216f.

chend der lockeren Beziehung und demgemäß schwachen Vertrauenswirkung recht beschränkte. Ein Haftungsfall, etwas abgewandelt aus dem Fall Hildebrandts, wäre etwa folgender: Ein Warenhaus inseriert in Zeitungen der umliegenden Städte und Landbezirke, daß von einer bestimmten Ware unerschöpfliche Mengen vorhanden seien und nennt dabei fahrlässig irrig eine nicht vorhandene Ware. Ein Landwirt fährt eigens wegen einer solchen Kaufgelegenheit in die Stadt, kann dort die Ware weder im Warenhaus, noch sonst bekommen. Ich würde das Warenhaus haften lassen, wer sich den *Nutzen der Reklame* sichert, mag auch ihre *Gefahren tragen*.“¹⁶⁹

Schon in der älteren Literatur wird damit für das frühe Stadium einer geschäftlichen Beziehung durch einen Kontakt des Verbrauchers mit einer Wort- und Anschauungswerbung¹⁷⁰ ein ökonomischer Gesichtspunkt als Haftungskriterium angesprochen, den wir bereits vorab näher als entscheidungserheblich untersucht haben.¹⁷¹ Die Nachfrageseite muß sowohl für die Hersteller- als auch für die Händlerwerbung einen Deckungsbeitrag entrichten; die Kosten für diese Leistung der Angebotsseite muß zumindest im Endeffekt in wirtschaftlicher Hinsicht von den Käufern der beworbenen Angebote getragen werden. Sie sind für die anbietenden Unternehmen ein Kostenfaktor, der neben anderen die Preisbildung ihrer Angebote beeinflusst.¹⁷²

Aber auch Larenz will unter Hinweis auf die Vergrößerung des Geschäftsrisikos der Nachfrageseite durch die Erweiterung des geschäftlichen Wirkungskreises der Angebotsseite den Beginn der Haftung für vorvertragliches Verschulden nicht erst von dem konkreten Eintritt in Vertragsverhandlungen abhängig machen:

„Es muß sich vielmehr um einen Kontakt auf der Ebene des Geschäftsverkehrs handeln, der mindestens die Möglichkeit in sich schließt, zu einem Geschäftsabschluß zu führen ... Die gesteigerte Sorgfalts- und Obhutspflicht beginnt in diesen Fällen eben nicht erst mit der Aufnahme von Vertrags-,verhandlungen‘, sondern bereits mit der Anbahnung des geschäftlichen Kontakts durch das Betreten der Räume. Die Meinung, es müsse unter allen Umständen doch schon der Wille, einen Vertrag zu schließen, geäußert sein, dürfte ein Überrest jener älteren Auffassung sein, nach der die Haftung auf einem Vertrag oder zum mindesten auf einem einseitigen Rechtsgeschäft beruhen sollte. Das mindeste, was diese Auffassung verlangen mußte, war, daß wenigstens ein Teil bereits eine auf einen Vertragsschluß abzielende Erklärung abgegeben hat. Nachdem aber die Auffassung durchgedrungen ist, daß es sich um eine allein im objektiven Recht begründete Sorgfaltspflicht handelt, steht nichts im Wege, dem Tatbestand der Aufnahme von Vertragsverhandlungen andere Tatbestände der Aufnahme eines ‚geschäftlichen Kontakts‘ gleichzustellen, wenn diese Tatbestände so beschaffen sind, daß sie eine gleichartige Haftung rechtfertigen. ...

¹⁶⁹ Erman, AcP 139 (1934) 319f. (Hervorhebungen durch den Verf.).

¹⁷⁰ Zu diesem Begriff s. Lehmann, Werbung mit Geschenken, S. 4.

¹⁷¹ S. oben IV.1.3.3.3.

¹⁷² Vgl. oben IV. bei Fußn. 96, s. auch Gutenberg, Grundlagen der BWL, 2. Bd., Der Absatz, 15. Aufl., S. 356 ff.; Nieschlag/Dichtl/Hörschgen, S. 226 ff., 339 ff.; Kotler, S. 658 ff.; besonders deutlich erkennbar wird dies, wenn die Werbeausgaben eines Unternehmens anhand der Höhe eines spezifischen Prozentsatzes der Verkäufe bzw. der Preise festgelegt werden (percentage-of-sales method).

Vgl. dazu auch Nickel, V. (edition ZAW), Werbung, Fakten für Verbraucher, S. 23 ff.; dort wird auch Stellung zu der umstrittenen Frage genommen, inwieweit Werbung Wirtschaftsgüter verteuert.

Will man diese Tatbestände auch terminologisch in die Haftung für ‚culpa in contrahendo‘ mit einbeziehen, so mag man von einem ‚gesetzlichen Schuldverhältnis aus Vertragsverhandlung oder sonstigem geschäftlichen Kontakt‘ sprechen.¹⁷³

1.4.2. Rechtsprechung

In der Rechtsprechung finden sich zahlreiche Beispiele, die eine vorvertragliche Haftung nicht erst an die konkreten Vertragsverhandlungen, sondern auch schon an die vorhergegangene *Aufnahme von geschäftlichen Beziehungen* anknüpfen lassen. Dies gilt nicht nur für den Schutz des Integritätsinteresses im Zusammenhang mit den sog. Warenhausfällen,¹⁷⁴ sondern auch für die Anwendung der Haftungsgrundsätze der c.i.c. zum Schutz des Transaktionsinteresses, etwa im Zusammenhang mit der Haftung für Werbeangaben, die in Werbeprospekten gemacht werden. Ein persönlicher Kontakt zwischen Werbendem und Geschädigtem ist dafür nicht Voraussetzung. Eine Haftung aus c.i.c. ist immer dann eröffnet, wenn zwischen den Parteien eine geschäftliche Beziehung existiert; irrelevant ist dabei, ob diese dadurch entsteht, daß der Nachfrager die Sphäre des Angebots betritt (Warenhausfälle) oder der Anbieter kaufentscheidende Informationen der Sphäre der Nachfrage übermittelt, etwa indem er Werbeprospekte an Interessenten versendet.

Der BGH hat letzteres insbesondere im Fall der Haftung des Gründers einer Publikums-KG für Werbeangaben in einem Werbeprospekt deutlich zum Ausdruck gebracht:

„Die Beklagten waren die Initiatoren, Gestalter und Gründer der hier in Frage stehenden Publikums-KG; sie legten den Gegenstand der einzelnen Gesellschaftsunternehmen fest und traten nach außen als diejenigen in Erscheinung, deren Tätigkeit und Zuverlässigkeit die Verwirklichung der im Prospekt genannten und im Rahmen des Gesellschaftsvertrages liegenden Objekte gewährleistet. Nach Gründung der Gesellschaft waren sie die Geschäftsführer, unter deren Verantwortung und Leitung alle wesentlichen geschäftlichen Maßnahmen getroffen wurden. Demgemäß erschienen sie persönlich – *bei Herausgabe des hier in Frage stehenden Prospekts* – als die Garanten dafür, daß die gesellschaftlichen Vorhaben mit aller Sorgfalt vorbereitet und insbesondere die Verlautbarungen in dem Prospekt vollständig und richtig sind. Die *von dem Prospekt angesprochenen* Anleger durften sich damit auch darauf verlassen, daß die Beklagten sie über wesentliche Änderungen in den vorgesehenen gesellschaftlichen Unternehmungen unterrichten werden.“¹⁷⁵

¹⁷³ Larenz, MDR 1954, 518; Larenz hat dabei allerdings insbesondere die „Warenhausfälle“ im Auge; vgl. auch Larenz, Schuldrecht, AT, S. 91; s. dazu oben bei Fußn. 71; vgl. auch Stoll, in: Festschrift für v. Caemmerer, S. 460 ff.; Nirk, in: Festschrift für Hauss, 1978, S. 283; Canaris, S. 539, Fußn. 75.

¹⁷⁴ S. oben bei Fußn. 71.

¹⁷⁵ BGH 24. 4. 1978, NJW 1978, 1625 (Hervorhebungen durch den Verf.); aus der Sachverhaltsschilderung geht hervor, daß nicht ein persönlicher Kontakt, sondern nur die Angaben in einem Werbeprospekt für diesen Geschäftsabschluß maßgebend waren: „Der Kläger trat im Dezember 1971 aufgrund eines Werbeprospekts („Angebot zur steuerbegünstigten Beteiligung ...“) in die KG ... ein.“ Vgl. auch BGH 14. 12. 1972, NJW 1973, 1604; BGH 16. 11. 1978, WM 1979, 141, 143: „Die Beklagten sind demgemäß dem Kläger gegenüber schadensersatzpflichtig, soweit sie an ihre Person geknüpftes Vertrauen enttäuscht haben. Das ist hier deshalb der Fall, weil sie nichts unternommen haben, um die Verbreitung des hier in Frage stehenden

Das gleiche gilt auch für die Haftung eines Vermittlers von Kapitalanlagen hinsichtlich der Richtigkeit von Angaben, die in einem von diesen an Interessenten versandten Werbeprospekt enthalten sind:

„Der vorzitierten Rechtsprechung des II. Zivilsenats liegt der allgemeine Rechtsgedanke zugrunde, daß für die Vollständigkeit und Richtigkeit der in Verkehr gebrachten Werbeprospekte einer Publikums-KG *jeder* eintreten muß, *der* durch von ihm in Anspruch genommenes und ihm auch entgegengebrachtes *Vertrauen auf den Willensentschluß des Kapitalanlegers Einfluß genommen hat*. Das sind einmal diejenigen, denen die Beitrittsinteressenten typischerweise ihr Vertrauen schenken, mögen sie auch nur als Initiatoren, Gestalter oder Gründer der Gesellschaft auftreten. Dazu gehören aber auch diejenigen, die einen aus ihrer Person hergeleiteten zusätzlichen Vertrauensstatbestand geschaffen haben. Das kann gerade auf die Personen und Unternehmen zutreffen, die solche Beteiligungen vertreiben oder vermitteln, nämlich dann, wenn sie als in dieser Branche vielfältig erfahren und damit sachkundig auftreten, den Eindruck besonderer persönlicher Zuverlässigkeit erwecken und so für ihre Verhandlungspartner eine zusätzliche, wenn nicht gar die ausschlaggebende Gewähr für die Richtigkeit der in dem *Werbeprospekt* oder anderweitig über die Kapitalanlage gemachten Angaben bieten.“¹⁷⁶

Auf der gleichen Linie liegt die jüngere Rechtsprechung des BGH zur Haftung für in einem Börsendienst gegebene Informationen; allerdings handelte es sich hier um die Verletzung einer vertraglichen Sorgfaltspflicht:

„Nach Ansicht des Senats handelt es sich vielmehr bei der Verpflichtung zur Information über Anlagemöglichkeiten um eine ... Übernahme einer entgeltlichen Beratungspflicht. Angesichts der wesentlichen Bedeutung, die dieser Verpflichtung – das zeigt schon das Werbeschreiben der Beklagten ... – für den Vertragsinhalt zukommt ... Dabei bestimmte das Werbeschreiben der Beklagten ..., das ersichtlich den Kläger zur Aufgabe seiner Bestellung veranlaßt hatte, für die künftig zu liefernden Börsenbriefe, deren Umfang, Inhalt und Charakter.“¹⁷⁷

Hinsichtlich der Pflichten zur richtigen und wahrheitsgemäßen Information und Aufklärung über Geschäftsrisiken bei den Vertragsverhandlungen entspricht es fest-

Werbeprospektes zu verhindern oder den falschen und irreführenden Eindruck, der von diesem Prospekt ausging, zu beseitigen. ... Die Beklagten bestreiten allerdings, an der Gestaltung des beanstandeten Werbeprospekts verantwortlich mitgewirkt zu haben. Diese Frage ist jedoch ohne Bedeutung. Entscheidend ist allein, daß der *Prospekt* – wie sie nicht bestreiten – mit ihrer Kenntnis *in Verkehr gebracht worden* ist. Aus ihrer Stellung gegenüber den Beitrittsinteressenten folgte daraus die Verpflichtung, den Prospekt in der vorliegenden Form nicht herauszugeben, ihn beispielsweise, soweit erforderlich, berichtigen zu lassen, oder die Beitrittsinteressenten in sonstiger Weise über alle Umstände aufzuklären, die für den Entschluß, sich als Kommanditist zu beteiligen, von wesentlicher Bedeutung sein konnten.“ (Hervorhebungen durch den Verf.).

Allgemein zur Prospekthaftung s. unten, Fußn. 272.

¹⁷⁶ BGH 22. 3. 1979, NJW 1979, 1449 (1450) (Hervorhebung durch den Verf.); vgl. auch Nirk, in: Festschrift für Hauss, S. 283; vgl. auch BGH 25. 6. 1975 – Gebrauchtswagen, NJW 1975, 1693, hier knüpfte der BGH an Angaben auf einem Werbeschild an, s. oben III., 7. bei Fußn. 153; BGH 22. 1. 1979, WM 1979, 612 (Verlustzuweisung beträchtlich geringer als in der Prospektankündigung); BGH 12. 2. 1979, WM 1979, 548 (Kreditauskunft); s. auch Schwartz, E., Die Haftung aus dem Prospekt über Kapitalanlagen, BB 1979, 897 ff.

¹⁷⁷ BGH 8. 2. 1978, GRUR 1978, 380 (382); vgl. in diesem Zusammenhang auch BGH 31. 1. 1972, NJW 1972, 1196.

stehender Rechtsprechung, daß insoweit ein schuldhafter Verstoß zu einem Schadensersatzanspruch gemäß den Haftungsgrundsätzen für c.i.c. führt:

„Bei den Vertragsverhandlungen haben wissentlich oder fahrlässig wahrheitswidrige Behauptungen zu unterbleiben; zum Inhalt des durch die Vertragsverhandlungen begründeten vertragsähnlichen Vertrauensverhältnisses gehört im Rahmen der nach Treu und Glauben im redlichen Verkehr zu stellenden Anforderungen darüber hinaus auch eine Offenbarungspflicht ... für solche Umstände, die für die Entschließung des anderen Teils erkennbar von Bedeutung sein können.“¹⁷⁸

Die gleiche Ansicht wird sowohl für die ersten geschäftlichen Beziehungen, z. B. im Zusammenhang mit Werbeanzeigen oder Werbeprospekten, als auch für die konkreten Vertragsverhandlungen von den Untergerichten geteilt.¹⁷⁹

Eine ähnlich strenge, allerdings ebenso wie in dem Fall „Abonnentenberatung“¹⁸⁰ vertragliche Haftung für Angaben in Werbeprospekten und sonstigen Werbeträgern hat die Rechtsprechung zum Werkvertragsrecht anlässlich der Beurteilung von Reiseleistungen entwickelt.¹⁸¹ Durch ein neues Gesetz über den Vertrieb von Anteilen an Vermögensanlagen soll eine spezielle gesetzliche Haftung für Prospektangaben geschaffen werden.¹⁸²

Ausdrückliche gesetzliche Vorschriften, die zur Verbesserung der Rechtsstellung der Nachfrageseite eine Haftung für Werbeangaben in Verkaufsprospekten oder sonstigem Werbematerial statuieren, finden sich bislang nur in den §§ 16, 17 des Gesetzes zum Schutz der Teilnehmer am Fernunterricht,¹⁸³ § 12 des Gesetzes über den Vertrieb ausländischer Investmentanteile¹⁸⁴ und in § 20 des Gesetzes über Kapitalanlagegesellschaften.¹⁸⁵

1.4.3. „Vorverkauf“ durch Werbung

Berücksichtigt werden muß in diesem Zusammenhang auch die enorme ökonomische Bedeutung der modernen Wirtschaftswerbung für die Vertragsanbahnung und die Vorbereitung des Zustandekommens eines Kaufvertrags¹⁸⁶ durch den werbemäßigen „Vorverkauf“ von Waren, der häufig jede konkrete Vertragshandlung zwi-

¹⁷⁸ BGH 8. 6. 1978, NJW 1978, 2145 (2147); so schon RGZ 120, 249 (252f); s. auch BGH 11. 5. 1979, JZ 1979, 527; 24. 3. 1977, JuS 1977, 762; 14. 3. 1979, WM 1979, 627; 1. 3. 1972, NJW 1972, 722; 15. 1. 1969, BB 1969, 696; 12. 11. 1969, NJW 1970, 653.

¹⁷⁹ Vgl. insbesondere AG Köln 7. 7. 1978, NJW 1978, 2603; Hans. OLG Hamburg 25. 1. 1973, MDR 1973, 496; LG Landau, 9. 1. 1973, MDR 1974, 41; OLG Frankfurt 5. 3. 1963, NJW 1964, 256; OLG Stuttgart 20. 11. 1970, MDR 1971, 216.

¹⁸⁰ S. oben Fußn. 177.

¹⁸¹ S. oben III.7.2.4.

¹⁸² S. oben II.2. bei Fußn. 41; BT-Drucks. 8/1405 v. 21. 1. 1978 (§ 3 Prospektinhalt).

¹⁸³ 24. 8. 1976, BGBl. I, 2525.

¹⁸⁴ 28. 7. 1969, BGBl. I, 986.

¹⁸⁵ 14. 1. 1970, BGBl. I, 127 (Neubekanntmachung); vgl. in diesem Zusammenhang auch §§ 55 ff. Börsengesetz, v. 27. 5. 1908, RGBl., S. 215.

¹⁸⁶ S. oben I.1. ff.

schen den Parteien überflüssig macht.¹⁸⁷ Daher ist es im Hinblick auf die heute üblicherweise gegebenen ökonomischen Bedingungen der „Vertragsverhandlungen“ und der „geschäftlichen Beziehungen“ angezeigt, eine Haftung für vorvertragliches Verschulden auch schon im Zusammenhang mit reinen Werbeangaben, insbesondere in Anzeigen oder Werbeprospekten zu eröffnen. Mit der Übermittlung einer Werbebotschaft an die Nachfrageseite, gleich welche Medien dabei auch immer benutzt werden, nimmt die Angebotsseite mit potentiellen Käufern eine geschäftliche Beziehung im Sinne von Larenz auf.¹⁸⁸ Schon in diesem Moment muß die Nachfrageseite regelmäßig davon ausgehen dürfen, es mit einem redlich denkenden, sich loyal verhaltenden Partner zu tun zu haben und schon ab diesem Zeitpunkt verdient diese „allgemeine Redlichkeitserwartung“ den Schutz der Rechtsordnung.¹⁸⁹

Ökonomisch formuliert, eine Haftung zur Senkung von Transaktionskosten muß bereits ab dem Moment eröffnet sein, ab dem eine der Transaktionsparteien in einer ökonomisch relevanten Art und Weise auf seinen potentiellen Transaktionspartner im Hinblick auf die Durchführung eines ökonomischen Austausches informativ oder akquisitorisch einwirken kann; dies ist bereits in dem eingangs näher skizzierten Stadium des ersten Kontakts der Nachfrageseite mit der Werbebotschaft eines Anbieters möglich.¹⁹⁰ Schon in der Anregungs- und Informationsphase können durch die Wirtschaftswerbung gezielt an den Nachfrager ganz bestimmte, kaufentscheidende Informationen gegeben werden;¹⁹¹ insbesondere die durch die Sprungwerbung der Markenartikelindustrie an die Nachfrageseite übermittelten Produktinformationen beeinflussen dessen Käuferverhalten. Grundsätzlich kann daher jede kaufentscheidende Werbeaussage, die aus der Sphäre des Angebots in den Bereich der Nachfrageseite hinüberdringt, als ein Ansatzpunkt für eine Haftung aus c.i.c. dienen.¹⁹² Die Wirtschaftswerbung ist heute das wichtigste kommunikative Instru-

¹⁸⁷ In diesem Zusammenhang ist auch die Bedeutung des Vordringens von Selbstbedienungsläden zu berücksichtigen; eine Verkaufsverhandlung im klassischen Sinn kann dort typischerweise nicht stattfinden; vgl. dazu auch Schricker/Lehmann, Selbstbedienungsgroßhandel, S. 13 ff., mit weiteren Hinweisen.

¹⁸⁸ Larenz, Schuldrecht, AT, S. 91.

¹⁸⁹ Larenz, a. a. O.

¹⁹⁰ S. oben I.1. (Feld A); s. auch oben III.8.2.2.

¹⁹¹ S. dazu statt vieler Brückner, P., Die informierende Funktion der Wirtschaftswerbung, S. 21 ff.; Möller, C., Gesellschaftliche Funktionen der Konsumwerbung, S. 110 ff., 118 ff., s. oben I.1. ff.

¹⁹² Problematisch ist in diesem Zusammenhang die reine Imagewerbung, die gleichfalls äußerst effizient sein kann; vgl. dazu z. B. die Marlboro-Werbung: „Der Geschmack von Freiheit und Abenteuer“, Der Spiegel, Nr. 34/1979, S. 63: „Freier Geist. Der Verkaufserfolg der Marlboro ist nicht zu bremsen.“

Hier wird man die wettbewerbsrechtlichen Grundsätze zur sogenannten „gefühlbetonten Werbung“ entsprechend heranziehen müssen und nur jene Werbeaussagen als Ansatzpunkt für eine etwaige Haftung verwenden können, die unstreitig so weit völlig neben der Sache liegen, daß eine irreführende Aussage gegeben ist; s. B.-H., § 1 UWG, Rdz. 149; Lehmann, Die „neue Sachlichkeit“ des BGH im Wettbewerbsrecht, GRUR 1975, 238 ff.; Thiedig, K., Suggestivwerbung, passim; Baudenbacher, Suggestivwerbung und Lauterkeitsrecht, S. 162 f.

ment, vermittelt dessen der Anbieter mit dem Nachfrager „geschäftliche Beziehungen“ aufnimmt und ihm erste kaufentscheidende Informationen zukommen läßt. Schon von diesem Zeitpunkt ab ist aus ökonomischen Überlegungen zur Transaktionskostenminimierung der Schutzbereich der Haftung für vorvertragliches Verschulden zu eröffnen, denn nur so kann vermieden werden, daß unpräzise oder falsche Informationen an potentielle Kaufinteressenten übermittelt werden, die eine kosteninduzierende Störung von Austauschvorgängen bewirken können.

Im Einzelfall auszuschneiden ist jedoch als Ansatzpunkt für eine Haftung aus c.i.c. eine marktschreierische oder sonstige Werbeaussage, die von einem Werbeadressaten nicht ernstgenommen wird, weil sie aus sich selbst heraus dem Verbraucher zu erkennen gibt, daß es sich um eine „reklamehafte Übertreibung“ ohne kaufentscheidenden Informationsgehalt handelt. Dieser Grundsatz ist aus dem Wettbewerbsrecht – das freilich im Gegensatz zu bürgerlich-rechtlichen, individualisierenden, einer generalisierenden Betrachtungsweise Folge leisten muß –, hinlänglich bekannt¹⁹³ und wird auch vom BGH im Zusammenhang mit der Beurteilung der vertraglichen Haftung für Verstöße gegen eine Beratungspflicht herangezogen. So hat der BGH z.B. entschieden, daß der in einem ansonsten zu einer Haftung führenden Werbeschreiben enthaltene Hinweis, es werde „ein Börsenerfolg garantiert“ als eine „reklamehafte Übertreibung“ zu werten ist, aus der keine Rechte hervorgeleitet werden können.¹⁹⁴

Grenzt man den Schutzbereich der Haftung für vorvertragliches Verschulden in dem beschriebenen weiten Sinn ab, kann dieses Rechtsinstitut als das entscheidende zivilrechtliche Instrument der Haftung für alle werbemäßigen Aktivitäten der Vertragsanbahnung betrachtet werden, gleich, ob diese gewerbsmäßig oder zu privaten Zwecken unternommen werden. Die Haftung für c.i.c. enthält, so betrachtet, eine Haftung für jedes Verhalten zu Zwecken der Vertragsanbahnung, das als solches vernünftigerweise von der Nachfrageseite verstanden und ernst genommen werden darf.

¹⁹³ Vgl. B.-H., § 3 UWG, Rdz. 58; Ulmer/Reimer, S. 382 f.; Schricker/Lehmann in *Werbung/Unlauterer Wettbewerb*, Rdz. 31. Wird die Nichternstlichkeit einer Werbeerklärung von einem Verbraucher im Einzelfall nicht erkannt, kann auch § 254 zur Anwendung kommen, s. unten 2.1.

¹⁹⁴ BGH 8. 2. 1978 – Abonnentenberatung, GRUR 1978, 380 (382); vgl. dazu auch RGRK/Mezger, § 459, Rdz. 21; selbstverständlich ist jedoch eine vorvertragliche Information über den Kaufgegenstand nicht mit einer „Zusicherung“ gemäß § 459 Abs. 2 gleichzustellen; letztere führt zum Schadensersatz des Erfüllungsinteresses gemäß § 463; s. oben III.7.2.3.

2. Die Haftung für vertragsanbahnende Werbeerklärungen

2.1. Verschuldenshaftung für nicht rechtsgeschäftliche Erklärungen

Entsprechend der Unterscheidung zwischen Rechtsgeschäft und rechtlich relevantem Verhalten¹⁹⁵ läßt sich auch die Fallgruppe der rechtsgeschäftlichen Erklärungs- oder Vertrauenshaftung, der Haftung für vertragsanbahnende Erklärungen als eine Haftung für ein nur rechtlich relevantes Verhalten ohne rechtsgeschäftliche Qualifikation gegenüberstellen.¹⁹⁶ Die Vertragsanbahnung durch Werbeerklärungen kann als ein rechtlich relevantes Verhalten im Geschäftsverkehr kraft einer rechtlichen Wertung, die objektiv an dieses Verhalten anknüpft, zu einem Schadensersatzanspruch führen. Diese Rechtsfolge tritt also nicht aufgrund einer privatautonomen Gestaltungserklärung ein, etwa weil die Parteien die Beobachtung bestimmter Pflichten rechtsgeschäftlich vereinbart hätten. Es handelt sich vielmehr um einen Schadensersatzanspruch kraft einer objektiven, rechtlichen Bewertung eines bestimmten Verhaltens, in dem die Rechtsordnung aufgrund des Eintritts in vertragsanbahnende Beziehungen und in Vertragsverhandlungen ein gesetzliches Schuldverhältnis mit Haftungspflichten zwischen den Verhandlungspartnern entstehen läßt.¹⁹⁷

Dadurch hebt sich die Haftung für vertragsanbahnende Werbeerklärungen auch von anderen Fallgruppen der Vertrauens- oder Erklärungs haftung ab, die unmittelbar auf rechtsgeschäftliche Erklärungen abstellen.¹⁹⁸ Als gesetzliche Beispiele einer Haftung, die an *rechtsgeschäftliche Erklärungen* anknüpft und die das Vertrauen auf den Bestand eines Rechtsgeschäfts, insbesondere einer Willenserklärung, schützen will, können in erster Linie die §§ 122 und 179 Abs. 1 und 2 genannt werden. Hier geht es darum, daß jemand für die Folgen einer von ihm abgegebenen fehlerhaften rechtsgeschäftlichen Erklärung aufzukommen hat, deren ursprünglich intendierte Rechtsfolge aufgrund rechtlicher Erwägungen, etwa infolge der Anfechtung oder des Fehlens von Vertretungsmacht, nicht eintreten kann. Aus Gründen der Verkehrssicherheit und mit Rücksicht auf den Risikogedanken und das Veranlassungsprinzip läßt in diesen Fällen das BGB eine verschuldensunabhängige Haftung eingreifen.¹⁹⁹ Der wegen eines Irrtums die eigene Willenserklärung gemäß § 119 An-

¹⁹⁵ S. dazu statt vieler Flume, Das Rechtsgeschäft und das rechtlich relevante Verhalten, AcP 161 (1962) 52 ff.; ders., Rechtsgeschäft und Privatautonomie, in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, Bd. I, S. 135 ff.

¹⁹⁶ S. dazu oben III.3; sowie Canaris, S. 532 ff.

¹⁹⁷ Flume, AcP 161, 63; Hildebrandt, S. 132, 134; Larenz, in: Festschrift für Ballerstedt, S. 414 f.; Canaris, JZ 1965, 476 ff.; s. oben IV.1.1. und 1.2.

¹⁹⁸ Vgl. dazu Hildebrandt, S. 125 f.; Canaris, S. 532 f.; grundlegend dazu v. Jhering, a. a. O., Fußn. 1.

¹⁹⁹ Auch Canaris, S. 534 unterteilt die Erklärungs haftung in zwei Untergruppen: „Die Erklärungs haftung kann sich sowohl mit dem Risikogedanken als auch mit dem Verschuldens-

fechtende oder der gemäß § 179 Abs. 1 auf eigene Gefahr als falsus procurator Handelnde muß ein mit diesen rechtsgeschäftlichen Erklärungen zusammenhängendes Risiko tragen, ohne daß es auf ein Verschulden ankommt.²⁰⁰

Die Haftung aus c.i.c. aufgrund *vertragsanbahnender Erklärungen* knüpft demgegenüber an Erklärungen an, die nicht rechtsgeschäftlichen Charakter tragen und die typischerweise nicht als Willenserklärungen zum Inhalt einer vertraglichen Vereinbarung gehören.²⁰¹ Es handelt sich vielmehr um Erklärungen und Informationen, die anläßlich und zur Vorbereitung eines Vertragsabschlusses abgegeben werden. Eine Haftung greift hier aufgrund der schuldhaften Verletzung eines gesetzlichen Schutzverhältnisses, nicht etwa aufgrund der Rechtsunwirksamkeit einer Erklärung ein. Es bedarf als Haftungsvoraussetzung des Vorliegens von Verschulden seitens des Erklärenden, denn es handelt sich bei der Haftung aus c.i.c. um einen Tatbestand der Verschuldenshaftung.²⁰²

Diese Fallgruppe der Haftung für c.i.c. steht daher auch nur insoweit der gesetzlich in den §§ 307 und 309 geregelten Vertrauenshaftung bei anfänglich objektiver Unmöglichkeit nahe, als es dort zur Auslösung einer Haftung, neben dem Abschluß eines Rechtsgeschäfts²⁰³ auch der schuldhaften Hervorrufung von Vertrauen auf eine dem Schuldner objektiv unmögliche Leistungserbringung bedarf; gleichwohl handelt es sich bei der Haftung aufgrund der §§ 307 und 309 genauso wie bei den §§ 122 und 179 um eine Haftung für rechtsgeschäftliche Erklärungen.

Im Fall der anfänglichen Unmöglichkeit gemäß § 306 muß unter gewissen Umständen der eine Teil, der die Unmöglichkeit der Leistung zumindest hätte erkennen können, dem anderen Teil, der auf die Gültigkeit des Vertrags vertraute, Schadensersatz leisten.²⁰⁴ Dies besagt, daß derjenige, der bei Schließung des Vertrags,

prinzip verbinden, wie die Beispiele der §§ 122, 179 BGB einerseits und der culpa in contrahendo andererseits veranschaulichen.“

²⁰⁰ Statt vieler s. Canaris, S. 535 mit weiteren Hinweisen; MünchKom/Kramer, Einleitung vor § 241, Rdz. 84.

²⁰¹ Zu den Abgrenzungsschwierigkeiten bei § 459ff. s. oben III.7.2.2.1. sowie allgemein III.3.

Vgl. zu dieser Fallgruppe der Haftung für c.i.c. auch Stoll, in: Festschrift für v. Caemmerer, S. 460ff.; Kreuzer, S. XLIVff., LXIIff.; Larenz, in: Festschrift für Ballerstedt, S. 403, 405f.; s. auch Canaris, S. 538; ders., JZ 1965, 478ff.; Emmerich, Das Recht der Leistungsstörungen, S. 37ff.

²⁰² Canaris, S. 538; MünchKom/Kramer, Einleitung vor § 241; zur Lehre vom einheitlichen gesetzlichen Schutzverhältnis, das seinen Rechtsgrund nicht in einem Rechtsgeschäft, sondern in der Inanspruchnahme und Gewährung von Vertrauen im geschäftlichen Verkehr findet, s. oben IV.1.1.

²⁰³ Motive, Bd. II, S. 178; Stoll, in: Festschrift für v. Caemmerer, S. 438f.; Larenz, in: Festschrift für Ballerstedt, S. 414; Emmerich, Das Recht der Leistungsstörungen, S. 27; allerdings knüpft die Haftung gemäß §§ 306, 307 auch an rechtsgeschäftliche Erklärungen, d.h. den konkreten Vertragsabschluß an; eine Parallele zur c.i.c. ergibt sich somit nur hinsichtlich der Haftungsvoraussetzung des Verschuldens; vgl. dazu auch Stoll, in: Festschrift für v. Caemmerer, S. 439; Flume, S. 129.

²⁰⁴ Weil es sich um ein Vertrauen aufgrund eines abgeschlossenen Vertrags handelt, wird inzwischen sogar eine Haftung auf das positive Interesse postuliert; s. MünchKom/Söllner,

etwa aus Fahrlässigkeit,²⁰⁵ die Unmöglichkeit der Erbringung seiner Leistung nicht kannte, billigerweise dem auf die Gültigkeit des Vertrags vertrauenden anderen Teil auf Schadensersatz in Höhe des Vertrauensinteresses (negatives Interesse i.S. von § 122 Abs. 1) haftet.²⁰⁶ Anknüpfungspunkt dieser Haftung ist somit auch eine Sorgfaltspflichtverletzung des Vertragsschließenden, der bei Vertragsschluß etwas verschwiegen hat oder eine Leistung ankündigte, die zu erbringen er objektiv nicht imstande ist, was ihm selbst bei genauerer Betrachtung hätte einleuchten müssen.²⁰⁷ Ähnlich wie bei vielen Werbeangaben hat auch in diesem Fall der Schadensersatzpflichtige bei Vertragsschluß schuldhaft eine Sorgfaltspflichtverletzung begangen und infolgedessen ein, allerdings rechtsgeschäftliches, Leistungsversprechen abgegeben, das er bei genauerer Überprüfung besser überhaupt nicht oder jedenfalls nicht so abgegeben hätte. Wegen des damit beim anderen Teil hervorgerufenen Vertrauens muß er billigerweise diesen zumindest wirtschaftlich so stellen, als hätte er von dem Vertragsangebot nie etwas gehört. Als Haftungsgrund wird somit von der herrschenden Lehre die Verletzung einer Verhaltenspflicht angesehen, deren Schutzzweck es ist, den Verhandlungspartner vor nachteiligen Vermögensdispositionen zu bewahren.²⁰⁸

Aber auch aufgrund der notwendigen Abstimmung und Wertungskongruenz der vorvertraglichen Haftung für c.i.c. zur vertraglichen Haftung für p.F.V.²⁰⁹ wird klar, daß es sich bei der Haftung für vertragsanbahnende Erklärungen nur um eine Form der Verschuldenshaftung handeln kann. Wenn schon trotz des noch engeren vertraglichen Kontakts für die Haftung aufgrund der Verletzung von vertraglichen Schutzpflichten das Vorliegen von Verschulden für erforderlich gehalten wird, so muß dies erst recht für das Stadium der Vertragsanbahnung Geltung haben, weil es sich hier um die Beurteilung eines geschäftlichen Kontakts zu Zwecken der Vertragsanbahnung, d.h. um ein nur vorvertragliches Verhältnis zwischen den Parteien handelt.²¹⁰ Eine analoge Gestaltung der Haftung für vertragsanbahnende Erklärungen

§ 307, Rdz. 1; Emmerich, Das Recht der Leistungsstörung, 16ff., 31f.; Palandt/Heinrichs, § 307, Anm. 2; Esser/Schmidt, Teilband 1, S. 244f.; damit soll die regelmäßig gebotene Gleichbehandlung der anfänglichen mit der nachträglichen Unmöglichkeit bewirkt werden; für den Bereich der c.i.c. kann jedoch nur eine Haftung auf das negative Interesse eröffnet werden; es fehlt die rechtsgeschäftliche Einigung; s. unten bei Fußn. 206.

²⁰⁵ Staudinger/Löwisch, § 307, Rdz. 6ff.

²⁰⁶ Herrschende Meinung, vgl. Staudinger/Löwisch, § 307, Rdz. 10ff.; Palandt/Heinrichs, § 307, Anm. 2; Larenz, Schuldrecht, AT, S. 89f.

²⁰⁷ Zum Wertungswiderspruch zu § 122 s. Larenz, Schuldrecht, AT, S. 90; Stoll, in: Festschrift für v. Caemmerer, S. 438f.

²⁰⁸ Vgl. die zusammenfassende Darstellung des Meinungsstandes zu den §§ 307, 309 bei Scholz, in: Festschrift für v. Caemmerer, S. 439f.; selbst wenn man mit Esser, Flume und Stoll die §§ 307, 309 als Haftungsvorschriften aufgrund der Abgabe von rechtsgeschäftlichen Erklärungen betrachtet, bleibt ihre Gemeinsamkeit mit der Haftung aus c.i.c. in dem Erfordernis des Vorliegens von Verschulden bestehen; deswegen muß auch § 254 zur Anwendung kommen; vgl. Henrich, D., Die unbewußte Irreführung, AcP 162, 88ff., 100; Fikentscher, S. 66.

²⁰⁹ S. oben IV.1.3.5.

²¹⁰ S. auch Canaris, S. 538f.

gen entsprechend der objektiven Haftung gemäß den §§ 122, 179 wäre daher nicht ratsam; es fehlt an dem für eine derartige Haftung notwendigen Anknüpfungspunkt des Vorliegens einer rechtsgeschäftlichen Erklärung.

2.2. Die Verletzung von Informations- und Aufklärungspflichten

2.2.1. Vertragsbezogene Aufklärungs- und Schutzpflichten

Versucht man, das weite Feld der Haftung für c. i. c. in Fallgruppen zu unterteilen, etwa der Haftung für den Abbruch von Vertragsverhandlungen, für die Verhinderung des rechtzeitigen Zugangs von Willenserklärungen, für die Rechtsfolgen eines gesetzlichen Formmangels und für vertragsbezogene Aufklärungs- und Schutzpflichten, insbesondere bei Rechtsgeschäften, die einen ökonomischen Güteraus-tausch betreffen,²¹¹ so wäre die Haftung für vertragsanbahnende Erklärungen und Verhaltensweisen innerhalb dieser letzten Gruppe anzusiedeln.²¹²

„Bei der Anbahnung von Verträgen müssen die späteren Vertragspartner in besonderer Weise sorgfältig sein, vor allem was den Schutz, die Aufklärung und das Sich-zur-Verfügung-Halten anlangt. ... Denn die bei der Vertragsanbahnung den Parteien zuzumutenden Sorgfaltspflichten entsprechen den während und nach Ablauf des Vertrages bestehenden Sorgfaltspflichten so sehr, daß die Zusammenziehung zu einem einheitlichen Begriff der vertraglichen Sorgfaltspflicht geboten ist.“²¹³

Ab Beginn dieses Stadiums der Vertragsanbahnung²¹⁴ ist daher sowohl das Integritätsinteresse als auch das Transaktionsinteresse eines potentiellen Vertragspartners in besonderem Maß zu schützen.²¹⁵

„Die Deliktshaftung stellt an die Sorgfalt des Bürgers im ganzen geringere Anforderungen als die Anbahnung von Verträgen es in bezug auf den in Aussicht genommenen Partner gebietet. Dieses enge, über den normalen deliktsrechtlich gesicherten Bereich hinausgehende Vertrauensband zwischen den Personen, die sich einen Vertragsschluß miteinander überlegen, fordert eine vertragsähnliche Haftung bei Handlungen, die in unmittelbarem Zusammenhang mit dem beabsichtigten oder angebotenen Vertragsschluß stehen.“²¹⁶

Auch Larenz stellt auf die Verletzung von Aufklärungspflichten ab, die durch den Beginn von Vertragsverhandlungen begründet werden und deren Verletzung typischerweise zu einem reinen Vermögensschaden führt:

²¹¹ Vgl. diese Systematisierung bei Kreuzer, S. XLIVff. mit weiteren Hinweisen; s. auch Fikentscher, S. 64ff.; Larenz, Schuldrecht AT, S. 91f.

²¹² Kreuzer, S. LXII; Stoll, in: Festschrift für v. Caemmerer, S. 460ff.; Larenz, in: Festschrift für Ballerstedt, S. 403ff.; Emmerich, Das Recht der Leistungsstörungen, S. 37f.; Lorenz, in: Festschrift für Larenz, S. 582ff., 588ff.

²¹³ Fikentscher, S. 64; s. oben IV.1.1.; IV.1.3.5. ff. sowie IV.1.4. Vgl. in diesem Zusammenhang auch Reich, N., Schuldrechtliche Informationspflichten gegenüber Endverbrauchern, NJW 1978, 513ff., 514f.

²¹⁴ S. oben I.1. ff.

²¹⁵ S. oben IV.1.4.; insbesondere zum Schutz des Integritätsinteresses s. oben IV.1.3. ff.

²¹⁶ Fikentscher, S. 65.

„§ 823 Abs. 1 BGB reicht hier zumeist zur Begründung einer Ersatzpflicht nicht aus. Die verletzte Aufklärungspflicht ist nicht eine Pflicht, die, wie die Pflicht, nicht zu schädigen, grundsätzlich gegenüber jedermann besteht, sondern eine Pflicht speziell gegenüber dem künftigen Vertragspartner. Mit dem Deliktsrecht ist daher hier, auch wenn der § 831 BGB geändert wird, keinesfalls auszukommen. Im Vordergrund stehen heute unrichtige Auskünfte des Verkäufers oder Werkunternehmers bei den Vertragsverhandlungen, falsche Beratung, unterlassene Aufklärung über den Inhalt oder die Konsequenzen der vorformulierten Vertragsbedingungen oder über solche Umstände, die der Gültigkeit oder der Durchführbarkeit des Vertrages entgegenstehen.“²¹⁷

Hans Stoll qualifiziert diese Haftung für vertragsanbahnende Erklärungen als eine Haftung für c.i.c. bei Abschluß eines nicht erwartungsgerechten Vertrags:

„Ein Bedürfnis für eine das Vertragsrecht ergänzende Haftungsregel besteht in Fällen des Vertragsschlusses nur dann, wenn ein Verhandlungspartner vor oder beim Vertragsschluß falsche oder unzulängliche Angaben über den Vertragsgegenstand oder den sonstigen Vertragsinhalt macht und dadurch Leistungserwartungen weckt, die durch den Vertragsinhalt nicht gedeckt werden. Es handelt sich also um Fälle, in denen die fälschlich mitgeteilten oder durch Verschweigen des Gegenteils vorgegebenen Umstände gerade nicht in den Vertrag eingehen ... Die Haftung für culpa in contrahendo tritt in solchen Fällen an die Stelle einer nicht konstruierbaren Vertragshaftung und erlangt somit die Funktion einer subsidiären, inhaltlich abgeschwächten Haftung für das gegebene Wort.“²¹⁸

Kreuzer²¹⁹ spricht insoweit von vertragsbezogenen Aufklärungspflichten, die aus der vorvertraglichen Pflicht zur Rücksichtnahme resultieren und im wesentlichen darauf hinauslaufen, wahrheitswidrige Behauptungen zu unterlassen und vertragswesentliche Umstände dem Partner kundzutun.

In gewisser Hinsicht einschränkend stellt auch Emmerich auf bestimmte Aufklärungspflichten über Umstände ab, die den Güteraustausch betreffen:

„Bei Vertragsverhandlungen trifft grundsätzlich jeden Beteiligten die Pflicht, den Gegner über sämtliche Umstände aufzuklären, die für dessen Vertragsentschluß von erkennbarer besonderer Bedeutung sind. Damit soll natürlich nicht gesagt sein, daß die Parteien verpflichtet wären, einander praktisch das gesamte Vertragsrisiko abzunehmen; vielmehr ist es grundsätzlich Sache jeder Partei selbst, sich über die *allgemeinen* Marktverhältnisse und die daraus resultierenden Risiken zu informieren, weil insoweit jeder prinzipiell dieselben Informationsquellen besitzt. Eine Aufklärungspflicht kann deshalb stets nur für *besondere* zusätzliche Umstände begründet sein, die nur der einen Partei bekannt sind und von denen sie weiß oder doch wissen muß, daß die Entscheidung der anderen durch deren Kenntnis beeinflusst wird. Im einzelnen hängt deshalb das Ausmaß der Aufklärungspflicht stets ganz von den Umständen des Einzelfalles und von Treu und Glauben ab (§ 242).“²²⁰

²¹⁷ Larenz, in: Festschrift für Ballerstedt, S. 403; auch Larenz stellt die Verletzung des Integritätsinteresses („Erhaltungspflichten“) der Verletzung des Transaktionsinteresses („Aufklärungspflichten“) im Rahmen der Haftung für c.i.c. für vertragsanbahnende Erklärungen und Verhaltensweisen gegenüber, vgl. a.a.O., S. 400ff., 403ff.

²¹⁸ H. Stoll, in: Festschrift für v. Caemmerer, S. 460ff., 461f.; vgl. dazu auch die Abgrenzung zur Haftung aus Gewährleistung, s. oben III.7.2.2.; III.7.1.7.; zu dieser Frage der Konkurrenzen s. unten IV.4.

²¹⁹ Kreuzer, S. LXIIff.

²²⁰ Emmerich, Recht der Leistungsstörungen, S. 37.

In der Tat kann es sich bei diesen Umständen, bezüglich welcher eine besondere Aufklärungspflicht billigerweise rechtlich zu statuieren ist, nicht um die typischen, mit jedem Transaktionsvorgang naturgemäß verbundenen ökonomischen Risiken handeln; diese müssen von den Parteien selbst übersehen bzw. abgeschätzt werden. Die Haftung für c.i.c. kann und darf nicht zur Aufhebung der allgemeinen wirtschaftlichen Risikotragung führen, die mit jedem Transaktionsvorgang verbunden sein muß. Insbesondere alle über die konkrete Transaktion hinausgehenden ökonomischen Zweck- und Zielvorstellungen der Parteien, d.h. die weiterführenden geschäftlichen Motive eines Güteraustauschvorgangs fallen unter dieses Risiko. Davon ist jedoch die Haftung für die Verletzung von vorvertraglichen Sorgfaltspflichten zu unterscheiden, die zum einen durch die werbemäßige Verbreitung von falschen oder irreführenden Informationen und Werbeangaben und zum anderen durch die Unterlassung der Gewährung einer billigerweise gebotenen Aufklärung bei den Vertragsverhandlungen über bestimmte Umstände, die für den Güteraustausch von wesentlicher Bedeutung sein können, begangen werden kann.

2.2.2. Falsche oder irreführende Werbeangaben

Werbeangaben und sonstige vertragsanbahnende Erklärungen dürfen ab dem Moment ihrer Kommunikation an die Nachfrageseite, wie bereits vorab näher dargelegt worden ist,²²¹ nicht irreführend sein, weil dadurch unerwünschte Fehlläufe in der Güterverteilung bedingt werden.

Zur bürgerlich-rechtlichen Feststellung des Vorliegens von falschen oder irreführenden Werbeangaben kann freilich wegen der generalisierenden Betrachtungsweise des Wettbewerbsrechts nicht ohne weiteres auf die zu § 3 UWG entwickelten wettbewerbsrechtlichen Grundsätze zurückgegriffen werden.²²² Es muß vielmehr, entsprechend der mehr individualisierenden Betrachtungsweise des BGB, ebenso wie bei der Feststellung des Vorliegens einer Täuschung i.S. von § 123 BGB²²³ eine konkrete Feststellung in jedem Einzelfall getroffen werden. Der Kläger muß somit dartun, daß er durch eine Werbeangabe irregeführt worden ist. Dies ist der Fall, wenn die Vorstellungen, welche über die Bedeutung einer Werbeangabe bei ihm als Werbeadressaten durch diese Maßnahme zur Vertragsanbahnung hervorgerufen wurden, nicht mit den wirklichen Verhältnissen in Einklang stehen.

Eine Sorgfaltspflichtverletzung seitens des Werbenden ist immer dann gegeben, wenn dieser den Irrtum des Werbeadressaten entweder erkannt hat oder hätte erkennen müssen. Letzteres ist der Fall, wenn ein nicht unerheblicher Teil der von der

²²¹ Zur ökonomischen Begründung s. ausführlich oben III.8.2.2.; IV.1.4.

²²² Vgl. dazu statt vieler Baumbach-Hefermehl, § 3 UWG, Rdz. 21 ff.; Schricker/Lehmann, in: Handbuch des Verbraucherrechts, Rdz. 21 ff.; vgl. dazu auch Raffée/Goslar/Hiss/Kandler/Welzel, Irreführende Werbung. Begriff und Meßprobleme, Wiesbaden 1976, die aus rein ökonomischer Sicht das wettbewerbsrechtliche Konzept zur Operationalisierung des Rechtsbegriffs „Irreführung“ voll inhaltlich bestätigen.

²²³ Vgl. dazu die Kommentierungen zu § 123 BGB, etwa bei Staudinger/Dilcher, § 123, Rdz. 3 ff.; MünchKommB, § 123, Rdz. 1 ff.; RGRK, § 123, Rdz. 8 ff., s. oben III.4.6.

Werbung angesprochenen Verbraucher bei einer vernünftigen und durchschnittlichen Bewertung der Werbeangaben aus dem Empfängerhorizont irregeführt werden – insoweit kann man auf einschlägige wettbewerbsrechtliche Überlegungen zu § 3 UWG zurückgreifen²²⁴ –, und wenn dies der Werbende durch eine kritische und mit der nach Treu und Glauben gemäß § 242 gebotenen Sorgfalt vorgenommenen Überprüfung seiner Werbeangaben hätte erkennen können. Diese Feststellung kann, wie auch viele wettbewerbsrechtliche Streitigkeiten augenfällig unter Beweis stellen, in besonderen Einzelfällen unter Umständen nicht unproblematisch sein. Andererseits zeigen jedoch die rechtstatsächlichen Untersuchungen,²²⁵ daß dies in den meisten verbraucherrelevanten Fällen relativ unproblematisch ist, und es würde schon eine wesentliche Verbesserung der Rechtssituation der Nachfrageseite mit sich bringen, wenn zumindest in allen unzweideutigen Fällen des Vorliegens einer irreführenden Werbung ein bürgerlich-rechtlicher Schadensersatzanspruch aus c. i. c. eröffnet werden würde.²²⁶

Nachdem zur Legitimation der Werbung seitens der Angebotsseite und ihrer Interessenvertreter neben anderen Argumenten insbesondere auch immer wieder auf die informierende Funktion der Wirtschaftswerbung hingewiesen wird²²⁷ und führende Werbeagenturen es sich zum obersten Grundsatz gemacht haben, daß Werbeaussagen „ein festes und konkurrenzfähiges Versprechen“ enthalten müssen,²²⁸ erscheint es auch im Zusammenhang mit einer bürgerlich-rechtlichen Haftung für vertragsanbahnende Erklärungen nur konsequent, daß Erklärungen zu Zwecken der Vertragsanbahnung nicht irreführend sein dürfen. Dafür muß der Werbende Sorge tragen. Diese Anforderung kann nicht nur auf das Wettbewerbsrecht beschränkt bleiben, denn sie dient nicht nur der Sicherung der Funktionsfähigkeit der Wettbewerbsordnung,²²⁹ sondern auch der Kontrolle und ordnenden Förderung von ökonomischen Güteraustauschvorgängen aufgrund von rein bürgerlich-rechtlichen Grundsätzen, insbesondere des Kaufrechts.²³⁰

²²⁴ Vgl. a. a. O., bei Fußn. 222.

²²⁵ S. oben I.4.

²²⁶ Vgl. dazu auch Lehmann, Lockvogelangebote und Verbraucherschutz in Deutschland, ZVP 1979, 55 ff.; s. oben I.4. die Beispiele aus der Praxis.

²²⁷ Statt vieler s. edition-ZAW, V. Nickel, Fakten für Verbraucher, Bonn 1978, S. 14: „Werbung ist Verbraucherinformation“; s. auch Brückner, P., Die informierende Funktion der Wirtschaftswerbung, S. 20 ff.; aus nationalökonomischer Sicht vgl. auch Kontowitz/Mathewson, Informative Advertising and Welfare, The American Economic Review 1979, 284 ff.

²²⁸ S. Handelsblatt 3. 10. 1979, S. 27, Werbemärkte heute, „Eine Art Glaubensbekenntnis“ (Werbeagentur Lintas).

²²⁹ Zu diesem gemeinsamen Grundgedanken von GWB und UWG, s. Schricker/Lehmann, in Werbung/Unlauterer Wettbewerb, Rdz. 9 ff., 16; Fikentscher, Kartellrecht, in Jurisprudenz, herausgegeben von Weber-Fas, 243 ff., 246 f.

²³⁰ Aus der Rechtsprechung des BGH vgl. vor allem BGH 8. 6. 1978, NJW 1978, 2145 (2147); s. oben bei Fußn. 174 ff.; s. auch schon RGZ 120, 249 (250); vgl. die zusammenfassende Darstellung von Rechtsprechung und Literatur bei Staudinger/Weber, § 242, Rdz. A 417 ff., A 790 ff., A 802 ff., A 830 ff.; das gleiche gilt für die wahrheitsgemäße Beantwortung von Fragen des Käufers, s. dazu BGHZ 63, 382 ff.; BGH 16. 3. 1977, NJW 1977, 1055.

2.2.3. Verletzung von Aufklärungspflichten

Schwieriger ist die bürgerlich-rechtliche Begründung von bestimmten Aufklärungspflichten eines Verkäufers, dem billigerweise aufzuerlegen ist, daß er den Käufer über gewisse Umstände bei den vorvertraglichen Verhandlungen aufzuklären hat, wenn diese erkennbar für dessen ökonomische Entscheidung von besonderer Bedeutung sind; hier geht es also nicht mehr um eine Täuschung durch aktives Tun, z. B. durch die Verbreitung unrichtiger Werbeangaben, sondern durch Unterlassen einer rechtlich gebotenen Aufklärung.²³¹

Schon das Reichsgericht hat, obwohl es erheblich zurückhaltender als die gegenwärtig herrschende Meinung mit der Festlegung von vorvertraglichen Aufklärungspflichten war, beginnend mit der Luisinlicht-Entscheidung im Zusammenhang mit dem Verkauf eines Unternehmens die Entwicklung des Gedankens der Verletzung von vorvertraglichen Aufklärungspflichten als Haftungsgrundlage im Rahmen der c.i.c. vorangetrieben:

„Bei solcher Sachlage hatte aber die Klägerin die *rechtliche Pflicht*, der Beklagten vor dem Vertragsabschlusse Mitteilung von den Ansprüchen der Konkurrenz und den Verwarnungen derselben zu geben; denn die Beklagte durfte die Offenbarung und Aufdeckung dieser Tatsache nach Treu und Glauben und nach der Auffassung des redlichen und reellen Geschäftsverkehrs erwarten. ... Die Rechtspflicht zur Kundgabe der fraglichen Tatsache bestand für die Klägerin schon bei den Verhandlungen über den Vertrag. ... Die rechtliche Pflicht zur Kundgebung der fraglichen Tatsachen bestand in gleicher Weise vor und nach dem Abschlusse des Vertrags. Die zum Vertrag führenden Verhandlungen und der Abschluß des Vertrags bildeten ein einheitliches Ganzes. Dies rechtfertigt die Annahme, die für die Verhandlungen maßgebenden Pflichten zu den Vertragspflichten zu rechnen; es besteht kein zureichender, innerer Grund, beide hinsichtlich ihrer Wirkungen verschieden zu gestalten. Treu und Glauben, sowie die Bedürfnisse des redlichen Geschäftsverkehrs erfordern es, daß eine Vertragspartei nicht bloß verpflichtet ist, der anderen die für deren Willensentschluß bedeutsamen Tatsachen zu

²³¹ Aus der Rechtsprechung vgl. insbesondere RGZ 97, 325 ff. (327); BGHZ 66, 51; BGH 24. 3. 1977, NJW 1978, 41; 24. 2. 1978, DB 1978, 979; aus der Literatur vgl. Larenz, in: Festschrift für Ballerstedt, S. 405 ff.; Stoll, in: Festschrift für v. Caemmerer, S. 460 ff., 466 f.; Emmerich, Recht der Leistungsstörungen, S. 37; Reich, NJW 1978, 514 ff.; Kreuzer, S. XX ff., LXII ff.; Manfred Wolf, in: Grundlagen des Vertrags- und Schuldrechts, Athenäum-Zivilrecht I, S. 140; Fikentscher, S. 65; als eine eigene Fallgruppe im Rahmen der Haftung für c.i.c. betrachten die Verletzung von Aufklärungspflichten, Emmerich, Larenz, Stoll, Wolf; aus rein wettbewerbsrechtlicher Sicht s. auch Loewenheim, M., Aufklärungspflichten in der Werbung, GRUR 1980, 14 ff.

Zur Abgrenzung zur vertraglichen Auskunftshaftung im Sinne des § 676 BGB s. Lorenz, W., Das Problem der Haftung für primäre Vermögensschäden bei der Erteilung einer unrichtigen Auskunft, in: Festschrift für Larenz, München 1973, S. 37 ff.; v. Hoyningen-Huene, JuS 1976, 171 ff.; Musielak, H.-J., JuS 1975, 796 ff.; ders., Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten, Berlin 1974, S. 6 ff., 16 ff.; Honsell, H., Probleme der Haftung für Auskunft und Gutachten, JuS 1976, 621; Lammell, S., Zur Auskunftshaftung, AcP 179, 337 ff.; RGRK-HGB (Canaris), Anhang zu § 357, Rdz. 10 und 48 f. Bei Kaufverträgen ist die Erteilung einer Auskunft oder eines Rates im Sinne des § 676 BGB immer nur Nebenpflicht einer anderen Hauptleistung. Vgl. zur Auskunftshaftung auch BGH 12. 2. 1979, WM 1979, 548.

Ausführlich zu den Aufklärungspflichten s. Schumacher, S. 98 ff., 116.

offenbaren, sondern weiterhin, daß sie auch für deren schuldhafte Verheimlichung einzustehen habe.“²³²

Auch der BGH hat auf dieser Linie die Rechtsprechung weiter ausgebaut und zum Teil sogar noch wesentlich strengere Anforderungen als das Reichsgericht an die Aufklärungspflichten eines Verkäufers gestellt.²³³ Die Rechtsprechung arbeitet dabei sehr stark einzelfallbezogen und läßt in erster Linie Billigkeitserwägungen zum Tragen kommen. Besonders weitgehend ist z. B. der Umfang der Aufklärungspflichten eines Grundstücksverkäufers (gemeinnütziges Wohnungsbauunternehmen) hinsichtlich der Formbedürftigkeit eines Kaufvertrags über Immobilienbesitz²³⁴ oder eines Bauträgers gegenüber einem Erwerber hinsichtlich der Finanzierungsmöglichkeiten gezogen worden.²³⁵

„Nach ständiger Rechtsprechung besteht bei Verhandlungen über den Abschluß eines Vertrags grundsätzlich die Verpflichtung, den anderen Teil über Umstände aufzuklären, die zur Vereitelung des Vertragszwecks geeignet sind und daher für die Entschließung des anderen Teils von wesentlicher Bedeutung sein können ... Im vorliegenden Fall bestand der Vertragszweck für die Kläger in der Erlangung von Wohnungseigentum zu einem angemessenen Preis. Angesichts ihrer Vermögens- und Einkommensverhältnisse konnten sie nach dem Klagvortrag die monatliche Dauerbelastung bei der geplanten Fremdfinanzierung nicht aufbringen und infolgedessen ihr Ziel, das Eigentum zu erwerben, nicht erreichen. Dem Vertreter der Beklagten – eines auch beratenden Wohnungsbauunternehmens – hätten bei der Erörterung, wie die Kläger die erheblichen Mittel zur Bezahlung des Kaufpreises aufbringen sollten, angesichts des im Teilnahmeantrag angegebenen Berufes des Erstklägers (Schneider in abhängiger Stellung) und des verhältnismäßig geringen Eigenkapitals Zweifel kommen müssen, ob es genüge, mit ihnen nur einen Finanzierungsplan aufzustellen, ohne ihnen auch im einzelnen zu eröffnen, welche monatliche Dauerbelastung für Tilgung und Zinsen sie übernehmen müßten. Eine solche Hinweispflicht gebietet die Redlichkeit vor allem gegenüber unerfahrenen Angehörigen der sozial schwächeren Bevölkerungsschicht, um der Gefahr der finanziellen Überforderung vorzubeugen.“

²³² RG 26. 4. 1912, JW 1912, 743, 744; s. auch RGZ 62, 149 f. (150) zu § 123 BGB; sowie s. oben III. 4. bei Fußn. 118 ff. vgl. insbesondere auch Staudinger/Weber, § 242, Rdz. A 831 ff.

²³³ Vgl. die Zusammenstellung der Entwicklung der Rechtsprechung bei Reich, NJW 1978, 514 f.; Hartwig, JuS 1973, 735 f.

²³⁴ BGH 29. 1. 1965, NJW 1965, 812, 814; dort finden sich auch interessante Ausführungen zur Höhe des Schadensersatzanspruches aus c. i. c., die in diesem Fall wirtschaftlich betrachtet dem positiven Interesse gleichkommt.

²³⁵ BGH 27. 2. 1974, NJW 1974, 849 (851); s. auch BGHZ 60, 221 (223); BGHZ 64, 46; OLG Frankfurt 5. 3. 1963, NJW 1964, 257: „Die Beklagte wäre als branchenkundige Automatenvertriebsgesellschaft verpflichtet gewesen, den auf diesem Gebiet völlig unerfahrenen Kläger vor Vertragsabschluß über alle mit dem Verkauf aus Automaten verbundenen Fragen und Risiken zu unterrichten. Das insbesondere deshalb, weil die Veräußerung von Strümpfen auf diesem Weg noch als eine verhältnismäßig neue unternehmerische Idee angesehen werden mußte, deren finanzieller Erfolg keineswegs vorauszusehen war. Auch die Beklagte beurteilte die Gewinnmöglichkeit trotz ihrer reißerischen Inseraten-Werbung kritisch. Das ergibt sich daraus, daß sie das Risiko völlig auf den Kläger abwälzte, während sie wegen des Wertes der Automaten und deren Füllung durch die Kautionsmehr als gesichert war und noch neben dem Kaufpreis für die Strümpfe eine monatliche Miete erhielt.“

Hervorzuheben ist dabei, daß somit auch im Rahmen der Haftung für c.i.c.²³⁶ von der Rechtsprechung bei der Zuweisung einer speziellen Aufklärungspflicht an die Angebotsseite auf die Besonderheit des Zusammentreffens eines geschäftlichen Laien (privater Endverbraucher) als Käufer mit einem professionellen, zu gewerblichen Zwecken, d.h. als ein „Fachmann“, handelnden Verkäufer abgestellt wird. Die gewerbliche Vertragsanbahnung durch einen „Fachmann“ ist somit strenger zu beurteilen als der vorvertragliche Kontakt zwischen zwei privaten Endverbrauchern, die nicht hinsichtlich eines bestimmten Austauschvorgangs in einem Stufenverhältnis von Fachmann und Laie zueinander stehen. Es muß daher eine gewisse professionelle Überlegenheit des Verkäufers gegeben sein, damit besonders weitreichende Anforderungen an bestimmte Aufklärungs- und Informationspflichten gestellt werden dürfen.

Ein ähnlicher Gedanke des geschäftlichen Zusammenwirkens zweier Personen hat auch für die Rechtsprechung Bedeutung, die sich zum Einwendungsdurchgriff im Rahmen von drittfinanzierten Abzahlungskäufen entwickelt hat,²³⁷ obwohl es in diesem Zusammenhang im wesentlichen nur darum geht, die rechtliche Benachteiligung des Käufers durch eine Funktionsaufspaltung auf der Angebotsseite möglichst weitgehend auszuschließen. Aber auch hier wurde von der Rechtsprechung versucht, durch die Festschreibung von bestimmten Aufklärungspflichten im Rahmen der Haftung für c.i.c. das ökonomische Risiko des Abzahlungskäufers auf ein vertretbares Maß zu reduzieren.

Aus der Rechtsprechung zum Kauf- und Werkvertragsrecht können freilich nur sehr wenige Beispiele der Annahme von vorvertraglichen Aufklärungspflichten, die den Leistungsgegenstand selbst betreffen, wiedergegeben werden, weil die Rechtsprechung dem BGH folgend nicht Gefahr laufen will, mit der im System der Sachmängelhaftung niedergelegten Risikoverteilung zu kollidieren;²³⁸ die Sachmängelhaftung des BGH soll nicht durch Ansprüche aus c.i.c. ausgehöhlt werden.²³⁹ Bei

²³⁶ Zur Parallelentwicklung im Gewährleistungsrecht s. oben III.7.2.3. bei Fußn. 155, 164; zu § 123 s. oben III.4. bei Fußn. 118ff.

²³⁷ BGH 17. 11. 1960, NJW 1961, 164 (166); 20. 2. 1967, NJW 1967, 1022; 18. 1. 1973, NJW 1973, 452; 18. 1. 1979, DB 1979, 1126; s. auch die Zusammenstellung der Rechtsprechungsentwicklung bei Palandt/Putzo, AbzG, Anhang zu § 6, Anm. 2; s. dazu auch Entwurf eines Gesetzes über finanzierte Rechtsgeschäfte und über den Maklervertrag, BR-Drucks. 220/79 vom 11. 5. 1979; s. auch BGH 17. 5. 1979, NJW 1979, 2092.

²³⁸ S. oben III.7.1.7. bei Fußn. 51 ff.; zu den Konkurrenzproblemen s. unten IV.4. ff.

²³⁹ BGH 16. 3. 1973, NJW 1973, 1234: „Fahrlässige Angaben oder Nichtangaben des Verkäufers über Eigenschaften der Kaufsache begründen keinen Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens unter dem Gesichtspunkt der culpa in contrahendo. Die Haftung des Verkäufers für Eigenschaften der Kaufsache bestimmt sich – abgesehen vom Falle des Mangelfolgeschadens – allein nach den Gewährleistungsvorschriften der §§ 459 ff. BGB.“ (Leitsatz); s. auch Medicus, Grenzen der Haftung für culpa in contrahendo, JuS 1965, 209 ff.; sowie Huber, U., Zur Haftung des Verkäufers wegen positiver Vertragsverletzung, AcP 177 (1977) 285 ff. Aufgrund dieses Konkurrenzproblems konnten sich im Kaufrecht bislang auch noch keine feststehenden Rechtsprechungsgrundsätze zu den Aufklärungspflichten eines Verkäufers über die Kaufsache entwickeln.

Mangelfolgeschäden sowie bei jeder Verletzung des Integritätsinteresses des Käufers kann jedoch unstreitig auf Ansprüche aus p.F.V. und, bei Umständen, die nicht zum Eingreifen der Sachmängelhaftung führen können, auch auf Ansprüche aus c.i.c. zurückgegriffen werden.²⁴⁰ Dieses Konkurrenzproblem, das sich für uns speziell im Kaufrecht ergibt, werden wir im folgenden daher auch noch näher untersuchen müssen.

Allgemein läßt sich zu den Aufklärungspflichten im Rahmen der Haftung aus c.i.c. als Quintessenz feststellen, daß der Verkäufer den Käufer ohne besondere Aufforderung über alle tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse und Umstände aufzuklären hat, die dem Käufer weder hinreichend bekannt noch erkennbar sind, deren Kenntnis jedoch für dessen ökonomische Entscheidung von so wesentlicher Bedeutung sein kann, daß ihre Offenbarung und Mitteilung seitens des Verkäufers nach den im Geschäftsverkehr herrschenden Anschauungen nach Treu und Glauben gemäß § 242²⁴¹ erwartet werden darf; insbesondere ist der Verkäufer verpflichtet, den Käufer redlicherweise über solche Umstände aufzuklären, die zur Vereitelung des Vertragszwecks geeignet sind und daher für die wirtschaftliche Entscheidung des Käufers, einen Vertrag abzuschließen, von wesentlicher Bedeutung sein können.²⁴²

In diesem Zusammenhang ist auch der Funktion des Handels im Rahmen der Durchführung und Organisation des ökonomischen Güterkreislaufs Bedeutung beizumessen, insoweit dadurch bestimmte Verkehrssitten im Rahmen der Anbahnung und des Abschlusses von Schuldverträgen beeinflusst werden können.²⁴³ Nur am Rande sei hier erwähnt, daß dazu aus wettbewerbsrechtlicher Sicht der BGH sich folgendermaßen geäußert hat:

²⁴⁰ Zur Kritik dazu s. oben III.7.1.7. sowie ausführlich unten IV.4.; vgl. dazu auch Soergel/Ballerstedt, Rdz. 32 vor § 459; Ferner werden durch die Regelung der Gewährleistungspflicht des Verkäufers solche Ansprüche des Käufers nicht ausgeschlossen, die sich aus einer Pflicht des Verkäufers als Fachmann ergeben, den nicht fachkundigen Käufer zu beraten; s. auch BGH 25. 3. 1958, NJW 1958, 866; der BGH bejahte in diesem Fall allerdings den Abschluß eines selbständigen Beratungsvertrages.

²⁴¹ Vgl. dazu ausführlich Staudinger/Weber, § 242, A 831 ff.

²⁴² Statt vieler s. Kreuzer, S. XXI ff. mit weiteren Hinweisen; zur umfangreichen Kasuistik der Rechtsprechung vgl. auch die Darstellungen bei Palandt/Heinrichs, § 276, Anm. 6, b), cc); Staudinger/Weber, § 242, Rdz. A 837.

Abzulehnen ist allerdings eine Aufklärungspflicht über die „Abweichung vom marktgerechten Preis“; so aber OLG Bremen 14. 3. 1963, NJW 1963, 1455 (1457); s. auch Zeiss, W., Gerichtliche Änderung vertraglich vereinbarter Preise?, NJW 1964, 477; Wolf, a. a. O., Fußn. 231, S. 141.

Als gesetzliche Schranke der Privatautonomie ist allerdings § 138 zu berücksichtigen; vgl. dazu das Urteil des OLG Stuttgart 8. 3. 1979 – 6 U 169/78, „Der Spiegel“, Heft 25/79, S. 36 ff.; Handelsblatt 23/24. 6. 1979, S. 8: „TZ-Verband schießt Gericht an“; Bachmann, R., Die Nichtigkeit von Teilzahlungskrediten nach der neueren Rechtsprechung und ihre Folgen, NJW 1979, 2082 ff.; diese Entscheidung des OLG Stuttgart verwendet zu Recht exakte ökonomische Kriterien, um die objektive Obergrenze eines zulässigen Darlehenszinssatzes zu errechnen.

²⁴³ Vgl. allgemein dazu Sonnenberger, H. J., Verkehrssitten im Schuldvertrag, München 1969, S. 61 ff., 110 ff.

„Das BerG erkennt die Funktion, die der Einzelhandel und insbesondere der Fachhandel nach der Vorstellung vieler Verbraucher auch heute noch hat, wenn es ausführt, der Verkehr werde die Ausstellung einer Ware im Schaufenster im allgemeinen nur als Hinweis darauf verstehen, daß diese Ware vom Einzelhändler geführt werde. Für den Fachhandel, von dem der Verkehr eine besondere Sachkunde erwarten kann und der in der Regel auch darauf bedacht sein wird, das Vertrauen seiner Kunden nicht zu enttäuschen, kann das jedenfalls nicht ohne weiteres gelten. Von ihm erwartet ein nicht unerheblicher Teil der angesprochenen Verkehrskreise, daß er sich bei seiner Auswahl von Erzeugnissen aus dem Angebot der Hersteller nicht nur von Gewinnerwartungen oder ihm gebotenen Handelsspannen leiten läßt, sondern zugleich mit dem Gewicht seiner Sachkunde hinter dem eigenen Angebot steht und seiner ihm auch vom Verbraucher zuerkannten Funktion entsprechend solche Erzeugnisse bevorzugt, die nach Art, Qualität und Preis für den Verbraucher vorteilhaft sind.“²⁴⁴

Auch wenn man mit dieser ökonomischen Funktions- und Rollenzuweisung des „ehrliehen Maklers“ zwischen Hersteller und Verbraucher an den Handel nicht zu weit gehen darf, ist jedoch andererseits mit Rücksicht auf die Verkehrssitte i. S. von §§ 157, 242 BGB und den Handelsbrauch i. S. von § 346 HGB²⁴⁵ anzuerkennen, daß der Käufer im Regelfall davon ausgehen darf, daß er es mit einem redlich denkenden und sich ihm gegenüber loyal verhaltenden Kaufmann zu tun hat. Dies gilt nicht nur für die konkreten Vertragsverhandlungen und die Übermittlung von Werbeangaben, sondern auch – aber dies sei hier nur am Rande erwähnt – aufgrund unserer Konzentration auf die Werbeangaben, für die dabei zur Vertragsanbahnung an den Tag gelegten Verhaltensweisen, die z. B. auch nicht bedrohend oder nötigend sein dürfen.²⁴⁶ Eine alleinige und ausschließliche Abstufung dieser Loyalitäts- und Redlichkeitspflichten entsprechend der im konkreten Einzelfall gegebenen Intensität der vertragsanbahnenden Kommunikationsbeziehung zwischen den Parteien, etwa ausschließlich nach dem Muster: je enger desto redlicher, ist nicht zu empfehlen, denn es geht in erster Linie um die Wahrung eines objektiven Mindeststandards bei der

²⁴⁴ BGH 3. 12. 1976 – Schaufensteraktion, GRUR 1977, 257; vgl. kritisch zu dieser etwas zu einseitigen Funktionsbestimmung des Handels Lehmann, GRUR 1977, 634 bei Fußn. 74.

²⁴⁵ Der Handelsbrauch gemäß § 346 ist zwar grundsätzlich nur bei Geschäften zwischen zwei Kaufleuten zu berücksichtigen; er hat nur „unter Kaufleuten“ Geltung. Dennoch können sich daraus auch Beurteilungskriterien für bestimmte Geschäftsbedingungen zwischen einem Kaufmann und einem Nicht-Kaufmann deduzieren lassen, denn viele kaufmännische Pflichten müssen redlicherweise „erst recht“ auch gegenüber einem Nicht-Kaufmann berücksichtigt werden. Der Handelsbrauch kann somit die Verkehrssitte beeinflussen; vgl. dazu Baumbach/Duden, Handelsgesetzbuch, 22. Aufl., § 346, Anm. 1 A und B; Schlegelberger/Hefermehl, HGB, 5. Aufl., § 346, Rdz. 1, 39, 40; Sonnenberger, S. 167 ff., 188 ff.

²⁴⁶ Hier ergibt sich eine Parallele zu unseren Überlegungen zur Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts, s. oben III.9.1.3. sowie zu bestimmten Fallgruppen, die aus wettbewerbsrechtlicher Sicht zu § 1 UWG unter dem Oberbegriff „Belästigende Werbung“ erarbeitet worden sind. Diese nötigenden Praktiken können regelmäßig auch als ein Pflichtverstoß bei Vertragsanbahnung qualifiziert werden; vgl. dazu auch Sack, Folgeverträge, S. 24 ff.

Zu den Konkurrenzproblemen zu § 123, s. insbesondere BGH 11. 5. 1979, JZ 1979, 527, 529: „Die auf Täuschung und Drohung beruhenden Schadensersatzansprüche sind eigenständig. Für sie gilt nicht (auch nicht analog) die Jahresfrist des § 124 BGB ... Das ist aber eine vom Gesetzgeber durchaus gesehene Folge des Nebeneinanders von Schadensersatzanspruch und Anfechtungsrecht; s. auch Palandt/Heinrichs, § 276, Anm. 6 b, cc.

Vertragsanbahnung, von dem in keinem Stadium der Vorbereitung und Durchführung eines Kaufentscheidungsvorgangs Abstriche gemacht werden dürfen. Werbeangaben und sonstige Maßnahmen der Vertragsanbahnung dürfen in keinem Moment der Berührung mit der Nachfrageseite irreführend sein, und auch über alle kaufentscheidenden Umstände, die die beabsichtigte Transaktion nicht nur unwesentlich beeinflussen können, sollte von Anfang an zwischen den Parteien Klarheit herrschen.²⁴⁷ Je enger die persönlichen Vertrauensbeziehungen bei der Vertragsanbahnung werden, desto höher können sich freilich die Anforderungen entwickeln, die an diese allgemeine Aufklärungspflicht zu stellen sind; hier kommt es dann auf die Umstände des Einzelfalles an.

Dies darf nicht damit verwechselt werden, daß spezielle Aufklärungspflichten sich auch daraus ergeben können, daß in der Werbung z. B. bestimmte Funktionen oder Gebrauchsmodalitäten eines Kaufgegenstandes besonders deutlich hervorgehoben werden, die in der dort behaupteten Allgemeingültigkeit sich jedoch nicht in der Realität aufrechterhalten lassen. Insoweit können sogar marktschreierische Werbebehauptungen²⁴⁸ zu Aufklärungspflichten führen, etwa wenn der Werbeadressat unter Hinweis auf diese werblichen Informationen eine Ware kaufen bzw. eine gewerbliche Leistung in Anspruch nehmen will oder um weiterführende Auskünfte beim Verkäufer nachsucht.²⁴⁹

Wenn auch die oben zitierten Ausführungen des BGH²⁵⁰ zu den Aufklärungspflichten eines Wohnungseigentumsverkäufers über die mit einem Wohnungskauf verbundenen finanziellen Belastungen nicht für jeden Geschäftsabschluß eines privaten Letztverbrauchers verallgemeinert werden können,²⁵¹ ist zusammenfassend festzuhalten, daß sich im Rahmen der Vertragsanbahnung typischerweise ein geschäftsunerfahrener Anbieter und ein geschäftlich wie fachlich nicht gleichermaßen versierter Nachfrager gegenüberstehen; billigerweise sind dabei dem berufsmäßig handelnden „Fachmann“ zumindest so weitgehende Aufklärungspflichten aufzuerlegen, daß seitens des Käufers eine *sachlich fundierte Kaufentscheidung* getroffen werden kann. Der Verkäufer muß den Käufer über die typischen Gefahren eines Produkts²⁵² und über alle kaufentscheidenden Umstände aufklären, die entweder

²⁴⁷ Zur ökonomischen Begründung s. oben III.8.2.2.; IV.1.4.

²⁴⁸ S. oben IV. bei Fußn. 193 ff.

²⁴⁹ Vgl. z. B. OLG Stuttgart 20. 11. 1970, MDR 1971, 216, ein „Lehrinstitut“ zur Ausbildung von Programmierern für elektronische Datenverarbeitungsanlagen muß seine potentiellen Schüler über ihre Berufsaussichten und persönlichen Voraussetzungen für einen erfolgversprechenden Besuch derartiger Kurse aufklären.

²⁵⁰ S. oben Fußn. 235.

²⁵¹ Vgl. dazu auch Reich, NJW 1978, 519; zu den zahlreichen gesetzlich vorgeschriebenen vorvertraglichen Aufklärungspflichten vgl. die Zusammenstellung bei Kreuzer, S. XIX f.; Schumacher, S. 115 ff.; auch Schumacher stellt auf die besondere Schutzbedürftigkeit des „Unerfahrenen“ ab, vgl. S. 69 ff.

²⁵² Fikentscher, S. 65: „Wer ein Gewehr verkauft, muß beim Probeschuß die Bedienung erläutern.“ Vgl. auch AG Köln 7. 7. 1978, NJW 1978, 2063, das auf die Aufklärungspflicht eines „Fachverkäufers“ über bestimmte nachteilige Eigenschaften des Kaufgegenstandes abstellt.

regelmäßig oder aufgrund bestimmter Werbeangaben eine besondere Bedeutung für einen Geschäftsabschluß haben oder auf welche der Käufer, etwa aufgrund seiner Frage, erkennbar einen besonderen Wert legt. Diese Aufklärungspflichten erstrecken sich insbesondere auch auf solche Umstände, die die Erreichung des Vertragszwecks vereiteln oder aus denen sich besondere Gefahren für den Käufer im Rahmen der Vertragsanbahnung und -abwicklung ergeben können. Im konkreten Einzelfall hängt das Ausmaß der gebotenen Aufklärung stets von den jeweiligen Umständen mit Rücksicht auf Treu und Glauben ab. Als Grundsatz ist dabei hervorzuheben, daß keine seitens der Angebotsseite an die Sphäre der Nachfrage übermittelte Information irreführend sein darf. Genausowenig darf der Anbieter aber auch durch das Zurückhalten von aufklärenden Angaben und Informationen im Rahmen eines „trial-and-error“-Verfahrens²⁵³ den Versuch unternehmen, eine Leistungsverwertung am Markt „auf gut Glück“ anzubahnen und durchzuführen; er muß im Gegenteil seinerseits alle zumutbaren Anstrengungen unternehmen, um sein Angebot von Anfang an dem richtigen Bedarf zuzuführen.²⁵⁴ Dazu muß ihn die Haftung aus c.i.c. für vertragsanbahnende Werbeerklärungen anhalten, denn nur so können Fehlläufe im Güterverteilungssystem möglichst vermieden und ökonomische Austauschvorgänge möglichst kostengünstig vorbereitet und durchgeführt werden.

Diese Art der rechtlichen Kontrolle und Organisation der Vertragsanbahnung koinzidiert außerdem zumindest auf lange Sicht mit dem wohlverstandenen ökonomischen Interesse der Angebotsseite, denn für einen seriösen Verkäufer kann nur ein Käufer, dessen Nachfrage wirklich bedarfskongruent gedeckt worden ist, als ein zufriedener Kunde betrachtet werden. Die richtige Ausgestaltung einer Haftung für vertragsanbahnende Erklärungen dient daher einem Zweck, den die Angebots- wie die Nachfrageseite gleichermaßen verfolgen bzw. verfolgen müssen: der Organisation einer möglichst kostengünstigen ökonomischen Bedarfsbefriedigung.

3. Die Zuweisung der Haftung für vertragsanbahnende Erklärungen. Das Problem der Funktionsaufspaltung zwischen Industrie und Handel

3.1. Die Funktionsaufspaltung

Werbeangaben werden in einer modernen Industriegesellschaft mit einer weit fortgeschrittenen arbeitsteiligen Funktionsaufspaltung zu Zwecken der Vertragsanbahnung zwischen Industrie und Handel²⁵⁵ nicht nur von demjenigen auf der Angebotsseite an den Nachfrager übermittelt, der dessen zumindest potentieller Ver-

²⁵³ S. oben III.8.2.2. und III.8.2.5.

²⁵⁴ S. oben III.8.2. zur ökonomischen Bedeutung und Funktion einer Erklärungshaftung für Werbeangaben.

²⁵⁵ S. oben III.7.1.8.

tragspartner sein kann, sondern auch von dritten Personen, zu welchen eine vertragliche Beziehung seitens des Käufers im Regelfall nicht intendiert wird. Typischerweise beim Abschluß von mehreren hintereinandergeschalteten Kaufverträgen – der Hersteller verkauft an den Handel, dieser an den privaten Endverbraucher – kann sich eine direkte vertragliche Beziehung zwischen dem privaten Nachfrager und dem Produzenten nicht ergeben; gleichwohl tritt der Hersteller mit Methoden der Sprungwerbung²⁵⁶ unmittelbar an den Nachfrager heran und versucht, diesen zu einem Vertragsabschluß zu motivieren und bezüglich der abzusetzenden Angebote zu informieren. Ähnlich wie bei der Produzentenhaftung²⁵⁷ ergibt sich daraus das rechtsdogmatische Problem, inwieweit zum Schutz des Transaktionsinteresses eines Nachfragers auf vertragsrechtliche bzw. quasi-vertragsrechtliche Ansprüche zurückgegriffen werden kann. Es entspricht einer inzwischen immer weiter im Vordringen befindlichen Rechtsauffassung, daß aus der ökonomischen Funktionsaufspaltung der Angebotsseite der Nachfrageseite keine bürgerlich-rechtlichen Nachteile entstehen dürfen.²⁵⁸

Ausgehend von der Erkenntnis, daß Industrie und Handel als grundsätzlich autonom handelnde Wirtschaftssubjekte typischerweise weder wechselseitig als Erfüllungsgehilfen gemäß § 278 noch als gegenseitige Vertreter gemäß §§ 164 ff. betrachtet werden können,²⁵⁹ bedarf es der Entwicklung eines anderen schuldrechtlichen Konzepts der Haftungszuweisung für vertragsanbahnende Erklärungen und Verhaltensweisen.

Mögen Industrie und Handel in vielerlei Hinsicht sogar in einem antagonistischen Verhältnis zueinander stehen und um des eigenen ökonomischen Vorteils willen häufig geradezu einen Wettlauf um die Gunst des Konsumenten veranstalten, so verfolgen sie dennoch, wenn auch mit divergierenden Methoden, ein gemeinsames wirtschaftliches Interesse: die ökonomische Leistungsverwertung am Markt, d.h. z.B. den Verkauf von Waren an die Nachfrageseite. Jede Aktivität zur Vertragsanbahnung sowohl seitens des Herstellers als auch des Handels muß dabei im Endeffekt von der Nachfrageseite vergütet werden; diese entrichtet dafür einen Deckungsbeitrag.²⁶⁰ Insofern besteht eine ökonomische Sonderbeziehung seitens des Käufers sowohl mit dem Händler als auch mit dem Hersteller, obwohl regelmäßig ein direkter vertraglicher Kontakt nur zu ersterem existiert. Über die Entrichtung des Kaufpreises, der über den Handel – gekürzt um dessen Handelsspanne – zum

²⁵⁶ S. oben I.2.ff., sowie Dichtl, E., Grundidee und Bedeutung des Markenartikels, in: Markenartikel heute, S. 22.

²⁵⁷ Vgl. insoweit insbesondere die Ausführungen des BGH zum „Durchgriff“ bei Absatzketten, s. IV.1.3.5.3.

²⁵⁸ S. oben III.7.1.8.; statt vieler Esser/Schmidt, Teilband 2, S. 50f.

²⁵⁹ S. oben III.7.1.8.

²⁶⁰ Insofern gelten die oben IV.1.3.3.3. primär aus der Sicht des Handels zum Deckungsbeitrag gemachten Ausführungen sinngemäß auch für den Hersteller; auch dieser muß seine Werbekosten auf dem Markt wieder verdienen; vgl. in diesem Zusammenhang auch BGH 28. 6. 1979, NJW 1979, 2036 (Garantievertrag zugunsten des Endabnehmers zwischen Hersteller und Großhändler); zur Produzentenhaftung s. auch Deutsch, BB 1979, 1325 ff.

Hersteller läuft, muß, volkswirtschaftlich aggregiert betrachtet, die Nachfrageseite im Endeffekt die Kosten aller vertragsanbahnenden Aktivitäten auch auf der Produktionsebene dem Hersteller bezahlen. Die Werbeausgaben des Herstellers stellen für diesen einen Kostenfaktor dar, der in seine betriebswirtschaftliche Kalkulation eingeht und zur Erhöhung des Verkaufspreises für seine Waren führt. Dieser Kostenanteil wird vom Handel an den Verbraucher weitergegeben, der somit sowohl dem Hersteller als auch dem Handel alle ökonomischen Bemühungen der Vertragsanbahnung wirtschaftssystemnotwendigerweise bezahlen muß. Aufgrund dieser ökonomischen Sonderbeziehung zwischen der Nachfrageseite einerseits und der Industrie und dem Handel andererseits bedarf es einer gesteigerten haftungsrechtlichen Beziehung bezüglich des Bereichs der Vertragsanbahnung zwischen diesen Parteien; sie darf nicht auf die deliktsrechtliche Funktion der reinen Sicherung des status quo von Rechtsgütern, d.h. nur auf den Schutz des Integritätsinteresses beschränkt bleiben.²⁶¹

3.2. Entwicklung der Rechtsprechung

Diese Notwendigkeit ist schon früh von der Rechtsdogmatik im Rahmen der Entwicklung der Haftung für c.i.c. empfunden worden; infolgedessen wurde der Versuch unternommen, eine Haftung für vorvertragliches Verschulden auch solcher Personen zu begründen, die nur als *Außenstehende* das Zustandekommen eines Vertrages zu fördern gewillt sind. Ursprünglich dachte man dabei nur an den rechtsgeschäftlichen Stellvertreter einer Vertragspartei;²⁶² inzwischen wird auch sonstigen

²⁶¹ S. oben IV. bei Fußn. 86f.; daraus läßt sich auch eine bislang immer noch umstritten gebliebene rechtsdogmatische Begründung, vgl. Müller, NJW 1969, 2170, für diese Haftungszuweisung ableiten.

²⁶² Grundlegend Ballerstedt, Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluß durch Stellvertreter, AcP 151 (1950/51), S. 501 ff.; ders., Die Haftung des Ehegatten als Stellvertreter für culpa in contrahendo?, FamRZ 1955, 200 ff.; s. auch Müller, U., Die Haftung des Stellvertreters bei culpa in contrahendo und positive Forderungsverletzung, NJW 1969, 2169 ff.; Canaris, Haftung Dritter aus positiver Forderungsverletzung? VersR 1965, 114; Frotz, in Festschrift für Gschnitzer, 177 f.; Nirk, Vertrauenshaftung Dritter bei Vertragsdurchführung?, Bemerkungen zu BGHZ 70, 337, in Festschrift für Hauß, Karlsruhe 1978, S. 267 ff.; Schubert W., Unredliches Verhalten Dritter bei Vertragsabschluß, AcP 168 (1968) 508 f.; Zschoche, D., Zur Haftung Dritter aus positiver Forderungsverletzung, VersR 1978, 1089 ff.

Umfassend zu diesem Problemkreis vgl. auch die gerade erschienene Untersuchungen, Bohrer, M., Die Haftung des Dispositionsgaranten, Dissertation München 1980, S. 31 ff. Dem Verfasser sei an dieser Stelle für die Überlassung seiner Fahnen gedankt; s. auch Hohloch, G., „Vertrauenshaftung“ – Beginn einer Konkretisierung, NJW 1979, 2369 ff.; Schmitz, Dritthaftung aus culpa in contrahendo, passim.

Grundsätzlich treffen den Vertretenen auch dann alle Rechtsfolgen, wenn ausschließlich der Vertreter die Vertragsverhandlungen geführt hat; nur diesen trifft prinzipiell eine Haftung aus c.i.c. oder p.F.V., vgl. RGZ 131, 357; 132, 80; MünchKom/Emmerich, vor § 275 Rdz. 161, 164; Palandt/Heinrichs, § 276, Anm. 6b ff.; zur Begründung einer Eigenhaftung des Abschlußgehilfen bedarf es daher des Vorliegens von besonderen Umständen.

den Vertragsschluß fördernden Hilfspersonen, insbesondere dem „Sachwalter“²⁶³ eine eigene Haftung aufgrund vorvertraglichen Verschuldens zugeordnet.²⁶⁴ Als Wertungsgesichtspunkt wurden dabei seitens der Rechtsprechung insbesondere das *eigene wirtschaftliche Interesse* einer Hilfsperson bzw. eines Dritten, der als „Verhandlungs- bzw. Abschlußgehilfe“ auftritt, an dem Zustandekommen eines bestimmten Geschäftsabschlusses oder auch die Inanspruchnahme *besonderen persönlichen Vertrauens* anlässlich der Vertragsanbahnung herangezogen.

Bereits das Reichsgericht hatte einen Verkäufer, der ein Grundstück im eigenen Interesse als „procurator in rem suam“ weiterverkaufen wollte, selbst als Eigentümer aber noch nicht im Grundbuch eingetragen war, wegen eines schuldhaften Pflichtverstosses bei den Vertragsverhandlungen aus c.i.c. haften lassen, ohne daß geklärt werden konnte, ob dieser im eigenen oder fremden Namen aufgetreten war:²⁶⁵ „Der sachlich allein oder jedenfalls im wesentlichen Beteiligte war bei dem Verkauf nicht Pü., sondern der Beklagte. Diese seine Stellung als eine Art von procurator in rem suam verpflichtet ihn persönlich, und zwar selbst dann, wenn er schon erkennbar als Vertreter des Pü. aufgetreten sein sollte.“²⁶⁶

Diese Rechtsprechung des Reichsgerichts, die entscheidend darauf abstellte, ob zwischen den Verhandlungspartnern aufgrund der Verfolgung eigener wirtschaftlicher Interessen eine Beziehung der Vertragsanbahnung zustande gekommen ist, wurde vom BGH weitergeführt:

„Für die Haftung bei Verschulden aus Vertragsschluß hat jedoch die reichsgerichtliche Rechtsprechung auch eine Haftung des Vertreters anerkannt, wenn er an dem erstrebten oder vollzogenen Geschäftsabschluß persönlich ein wirtschaftliches Interesse gehabt habe. In Fortführung dieses Gedankens kann von einem Ehemann, der für die Ehefrau einen Vertrag abschließt und bei der Erfüllung mitwirkt, zwar nicht gefordert werden, daß er auf die Vertragserfüllung hinwirkt, wohl aber insbesondere auch mit Rücksicht auf die enge wirtschaftliche Verbindung zwischen Ehegatten, daß er nicht die Vertragszwecke vereitelt.“²⁶⁷

²⁶³ Vgl. BGHZ 56, 81 (85): „finanzieller Sachwalter“; BGHZ 63, 382 (386): „uneingeschränkte Sachwalterstellung“; s. auch BGH 24. 4. 1978, NJW 1978, 1625: „Demgemäß erscheinen sie persönlich – bei Herausgabe des hier in Frage stehenden Prospekts – als die Garanten dafür, daß die gesellschaftlichen Vorhaben mit aller Sorgfalt vorbereitet und insbesondere die Verlautbarungen in dem Prospekt vollständig und richtig sind.“

Bohrer, S. 299 spricht hier vom „Dispositionsgaranten“: „Mit ‚Dispositionsgarant‘ wird vielmehr eine Person bezeichnet, die mit einer anderen Person in einer nach dem Risikogedanken zugerechneten Vertrauensbeziehung steht, aus der Sicht des Vertrauenden die Gewähr für den Sinn einer Disposition trägt und . . . bei einer eventuellen Enttäuschung des Vertrauens auf das negative Vertrauensinteresse haftet.“ S. auch S. 303 ff.

Fikentscher, S. 65 stellt zu Recht den „Abschlußgehilfen“ dem „Vertreter“ gegenüber; es geht um das Entstehenmüssen für schadenstiftendes Verhalten, nicht aber um die Zurechnung von Willenserklärungen Dritter.

²⁶⁴ Allgemein zum Problem der Zuordnung der Vertrauenshaftung, s. Canaris, S. 517.

²⁶⁵ RGZ 120, 249; ausführlich zur Entwicklung der Rechtsprechung, vgl. Bohrer, S. 31 ff.

²⁶⁶ RGZ 120, 253; vgl. auch RGZ 132, 76 (80); 143, 219 (222); 159, 33 (54).

²⁶⁷ BGHZ 14, 313 (318); ablehnend dazu Ballerstedt, FamRZ 1955, 200 ff.; vgl. auch BGH 10. 6. 1964, NJW 1964, 2009; BGHZ 56, 81; 63, 382.

Als neuen alternativen Gesichtspunkt hat der BGH jedoch das Kriterium der Inanspruchnahme besonderen persönlichen Vertrauens als Anknüpfungspunkt für eine selbständige Haftung des Vertreters für c.i.c. entwickelt.²⁶⁸ Eine Eigenhaftung von Vertretern und sonstigen Verhandlungsgehilfen kommt daher auch in Betracht, wenn der Verhandlungspartner gerade ihnen namentlich wegen ihrer außergewöhnlichen Sachkunde oder persönlichen Vertrauenswürdigkeit ein besonderes Vertrauen entgegenbringt, wie dies vor allem für Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater und sonstige Angehörige entsprechender Berufe zutreffen kann.²⁶⁹ Demgemäß haftet für c.i.c. auch ein „Sachwalter“, den ein Ehepaar zur Durchführung des Baues eines Geschäfts- und Wohnhauses aufgrund wirtschaftlicher Schwierigkeiten bestellt hatte, wenn dieser in besonderem Maße das persönliche Vertrauen der Verhandlungsgegner in Anspruch nimmt und diese dadurch zur Vertragsdurchführung veranlaßt:

„Denn aus der Sicht des Vertragsgegners macht es keinen Unterschied, ob er sich zu dem Vertragsschluß von dem besonderen Vertrauen zu einem ihm selbst gegenübergetretenen Bevollmächtigten seines Verhandlungsgegners hat bewegen lassen, oder ob er sich auf die von seinem unmittelbaren Vertragspartner vorgewiesene Zustimmung eines von diesem bestellten Sachwalters zu dem beabsichtigten Geschäft verlassen hat. Beide Male hat gerade die Mitwirkung des Dritten, der das persönliche Vertrauen in besonderem Maße in Anspruch nimmt, den Entschluß des anderen Teiles entscheidend beeinflusst ...“.

„In solchen Fällen nötigt die gleiche Interessenlage vielmehr auch zur gleichen rechtlichen Beurteilung. Deshalb treffen den Sachwalter einer Vertragspartei, der in besonderem Maße das persönliche Vertrauen des anderen Teils in Anspruch nimmt und von dessen Entscheidung nach den gegebenen Umständen der Abschluß des beabsichtigten Rechtsgeschäfts letztlich abhängt, selbst die Verpflichtungen aus dem durch die Anbahnung von Vertragsverhandlungen begründeten Schuldverhältnis ohne Rücksicht darauf, ob er bei den Vertragsverhandlungen als Vertreter der einen Partei aufgetreten ist oder ob er lediglich seine dem Verhandlungsgegner mitgeteilte Zustimmung zu dem Vertragsschluß gegeben hat.“²⁷⁰

Gleiches gilt für einen an einer GmbH maßgeblich beteiligten Geschäftsführer, wenn er bei den Vertragsverhandlungen seine Aufklärungspflichten über ihm bekannte, den Gesellschaftszweck betreffende Erfüllungshindernisse verletzt.²⁷¹

Noch einen Schritt weiter ging die Rechtsprechung, indem sie eine Haftung aus c.i.c. – ohne auf das Vorhandensein eines persönlichen Kontakts abzustellen –, für die das Management bildenden Initiatoren und Gründer einer Publikums-KG bejahte, wenn in den von diesen herausgegebenen Werbeprospekten unrichtige Angaben enthalten sind:²⁷² Ein Vermittler von Kapitalanlagen haftet aus c.i.c. für die

²⁶⁸ BGH 4. 12. 1958, LM 4 zu § 276 (Fa) BGB; s. auch BGHZ 63, 382; 56, 81; BGH 17. 3. 1976, DB 1976, 954; BGH 19. 12. 1977, JuS 1978, 488; 24. 4. 1978, NJW 1978, 1625; 22. 3. 1979, NJW 1979, 1449; s. auch BAG 24. 9. 1974, NJW 1975, 708 (709); vgl. dazu auch Lorenz, in: Festschrift für Larenz, S. 589 sowie oben bei Fußn. 174 ff.

²⁶⁹ Emmerich, JuS 1978, 488; s. auch Bohrer, S. 33 ff.

²⁷⁰ BGHZ 56, 81 (86 ff.).

²⁷¹ BGH, LM 14 und 21 zu § 276 (Fa) BGB.

²⁷² BGH 24. 4. 1978, NJW 1978, 1625; zur Haftung für fehlerhafte Prospektangaben s. auch BGH 16. 11. 1978, NJW 1979, 718; 10. 4. 1978, WM 1978, 611; 10. 5. 1980, WM 1980, 522 ff;

Richtigkeit der Angaben, die er über ein Anlageobjekt selbst macht oder die in einem von ihm versandten Werbeprospekt enthalten sind, ohne daß es auf die Existenz eines persönlichen Kontakts zum Geschädigten ankommt:

„Der II. Zivilsenat hat entschieden, daß eine lediglich als Handelsvertreter tätig gewordene Anlagenvermittlungsgesellschaft bei mangelnder Aufklärung eines durch Prospekt geworbenen Käufers von Anteilen eines ausländischen Immobilien-Fonds selbst aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen zur Verantwortung gezogen werden kann, wenn sie den Erwerbern gegenüber besonderes Vertrauen in Anspruch genommen hat. Ähnliches gilt für Personen und Unternehmen, die sich mit dem Vertrieb oder der Vermittlung von Kapitalanlagen der hier in Frage stehenden Art befassen. Der vorzitierten Rechtsprechung des II. Zivilsenats liegt der allgemeine Rechtsgedanke zugrunde, daß *für die Vollständigkeit und Richtigkeit der in Verkehr gebrachten Werbeprospekte einer Publikums-KG jeder eintreten muß, der durch von ihm in Anspruch genommenes und ihm auch entgegengebrachtes Vertrauen auf den Willensentschluß des Kapitalanlegers Einfluß genommen hat*. Das sind einmal diejenigen, denen die Beitrittsinteressenten typischerweise ihr Vertrauen schenken, mögen sie auch nur als Initiatoren, Gestalter oder Gründer der Gesellschaft auftreten. Dazu gehören aber auch diejenigen, die einen aus ihrer Person hergeleiteten zusätzlichen Vertrauensbestand geschaffen haben. Das kann gerade auf die Personen und Unternehmen zutreffen, die solche Beteiligungen vertreiben oder vermitteln, nämlich dann, wenn sie als in dieser Branche vielfältig erfahren und damit sachkundig auftreten, den Eindruck besonderer persönlicher Zuverlässigkeit erwecken und so für ihre Verhandlungspartner eine zusätzliche, wenn nicht gar die ausschlaggebende Gewähr für die Richtigkeit der in dem Werbeprospekt oder anderweit über die Kapitalanlage gemachten Angaben bieten.“²⁷³

Auch im Zusammenhang mit dem Verkauf eines PKW stellte der BGH darauf ab, daß als Verhandlungsführer bei der Vertragsanbahnung ein Fachmann gegenüber dem Käufer auftrat und dabei als Sachwalter des Verkäufers handelte:

„Nimmt mithin im Kraftfahrzeugsgewerbe der Fachhändler (für eine Werksvertretung gilt nichts anderes) beim Verkauf von Gebrauchtwagen als Vermittler und Abschlußvertreter eine uneingeschränkte Sachwalterstellung für den Verkäufer ein, so haftet er grundsätzlich für Pflichtverletzungen bei Vertragsschluß dem ihm vertrauenden Vertragspartner auf Ersatz des Vertrauensschadens.“²⁷⁴

Aus dieser höchstrichterlichen Rechtsprechung kann zusammenfassend der Grundsatz abgeleitet werden, daß ein das Zustandekommen von Kaufverträgen aktiv fördernder Dritter, immer dann selbst aus c. i. c. für seine eigenen schuldhaften Pflichtverletzungen bei der Vertragsanbahnung haftet, wenn er ein eigenes ökonomisches Interesse an dem Zustandekommen eines Geschäftsabschlusses hat und

22. 5. 1980, WM 794 ff.; aus der Literatur vgl. insbesondere Schwark, E. Anlagenschutz durch Wirtschaftsrecht, München 1979, S. 203 ff.; Coing, H. Haftung aus Prospektwerbung für Kapitalanlagen in der neueren Rechtsprechung des BGH, WM 1980, 206 ff.

²⁷³ BGH 22. 3. 1979, NJW 1979, 1449 (Hervorhebungen durch den Verf.); vgl. dazu auch oben Fußn. 174 ff.; vgl. in diesem Zusammenhang auch Schneider, H., Sonderrecht für Publikumsgesellschaften, ZHR 142 (1978), S. 228 ff.; Hopt, K.-J., Berufshaftung und Berufsrecht der Börsendienste, Anlageberater und Vermögensverwalter, in: Festschrift für R. Fischer, Berlin 1979, S. 237 ff.; Kraft, A., Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Publikums-KG zwischen Vertragsauslegung und Rechtsfortbildung, in: Festschrift für R. Fischer, S. 321 ff.

²⁷⁴ BGHZ 63, 382 (385, 386); s. auch BGH 14. 3. 1979, WM 1979, 672.

diesbezüglich als eine Art vertrauenserweckender „Dispositionsgarant“²⁷⁵ auftritt, dem der Käufer ersichtlich, etwa aufgrund dessen „Verhandlungsvollmacht“²⁷⁶ oder besondere Fachkunde, ein gesteigertes, den Vertragsabschluß förderndes Vertrauen entgegengebracht hat.²⁷⁷

Auf eine Kurzformel gebracht: Der zumindest mittelbar eigenen ökonomischen Gewinnchance aufgrund der Beanspruchung eines besonderen Vertrauens im Geschäftsverkehr muß auch eine entsprechende Haftung an die Seite gestellt werden; auch ein den Vertragsabschluß nur fördernder Dritter haftet für seine eigenen schuldhaften Pflichtverletzungen bei der Vertragsanbahnung, wenn er „dem Verhandlungsgegenstand besonders nahesteht, also wirtschaftlich gesehen in eigener Sache verhandelt“²⁷⁸ und dadurch den Käufer zu einer „Vertrauensinvestition“²⁷⁹ veranlaßt.

3.3. Haftung für Sprungwerbung

Diese beiden Voraussetzungen einer Eigenhaftung des vertragsanbahnenden Dritten aus c.i.c., sowohl die Verfolgung eines eigenen wirtschaftlichen Interesses als auch die Inanspruchnahme besonderen Vertrauens, sind auch in dem Fall der Hersteller-Sprungwerbung gegenüber der Nachfrageseite erfüllt.²⁸⁰

Der Existenz eines besonderen persönlichen Kontakts zwischen Werbenden und Geschädigten bedarf es dabei, wie die jüngste Rechtsprechung des BGH zeigt, nicht.²⁸¹ Der Hersteller verfolgt mit seinen Methoden des Marketing eine Förderung des Vertragsschlusses zwischen einem Verkäufer auf der Handelsstufe und dem Nachfrager, die letztlich seinem eigenen ökonomischen Interesse, der Leistungsverwertung am Markt dient.²⁸² Als Hersteller des abzusetzenden Produkts ist er außerdem aus der Sicht des Käufers als Sachwalter und Fachmann zu betrachten, der selbst am besten über die Güte, Qualität und Funktionsgeeignetheit seiner Waren Bescheid weiß. Diesen Produktangaben muß der Werbeadressat und potentielle Käufer im besonderen Maß Vertrauen schenken dürfen, denn in vielen Einzelfällen, insbesondere immer dann, wenn der Handel sich auf seine distributive Funktion

²⁷⁵ Im Sinne von Bohrer, S. 303 ff., 316 ff.

²⁷⁶ Bohrer, S. 317; Fikentscher, S. 65 spricht hier von „Abschlußgehilfen“.

²⁷⁷ Bohrer, S. 323 f. stellt zu Recht insoweit primär auf die Existenz eines seitens des Käufers dem Vertragsanbahnenden zurechenbaren, schutzwürdigen Vertrauens ab, gleich ob dieser als Vertreter oder sonstige Hilfsperson bzw. sogar aus eigenem Antrieb tätig geworden ist.

²⁷⁸ BGH 10. 6. 1964, NJW 1964, 2009; s. auch BGHZ 56, 81 (84).

²⁷⁹ Zu diesem Begriff s. Steindorff, zitiert nach Canaris, S. 510; vgl. auch Bohrer, S. 331.

²⁸⁰ In der Terminologie von Bohrer gesprochen, kann der werbende Hersteller als ein „Dispositionsgarant“ betrachtet werden, der für die Enttäuschung ihm zurechenbaren, schutzwürdigen Vertrauens verantwortlich zu machen ist; vgl. S. 323; mit Lammel, AcP 179, 358 ff., 365, kann man auch von einem legitimen Vertrauen auf eine „berufsspezifische Sachkunde“ sprechen.

²⁸¹ S. oben bei Fußn. 174 ff.

²⁸² S. oben IV. bei Fußn. 260 ff.; III.7.1.8.

beschränkt, kann es ausschließlich nur aufgrund dieser Informationen seitens des Herstellers zu einem sachlich fundierten Geschäftsabschluß eines Nachfragers kommen. Gerade weil die Herstellerwerbung in einer modernen Industriegesellschaft immer stärker die Aufgabe der direkten Information und Akquisition des Konsumenten ohne Einschaltung und unter bestimmten Umständen sogar in bewußter Umgehung und Ausschaltung des Handels übernommen hat,²⁸³ ist insoweit auch eine Eigenhaftung des Herstellers aus c.i.c. für vertragsanbahnende Erklärungen angezeigt, ohne daß dieser dabei als eine Art „Hilfsperson“ des den Vertragsabschluß tätigen „Geschäftsherrn“, etwa des Einzelhandels, verstanden werden muß.²⁸⁴

Der Hersteller ist es, dem eine „Sachwalter“-Stellung zukommt, weil der Handel auf dessen Werbeaussagen regelmäßig keinerlei modifizierenden Einfluß nehmen kann; er wird im Gegenteil häufig durch diese Art der Werbung in eine gewisse ökonomische Zwangslage versetzt, weil er der dadurch bewirkten Nachfragestimulierung Rechnung tragen muß.²⁸⁵ In diesen Fällen ist aus der Sicht des Käufers der werbende Hersteller sein alleiniger „Verhandlungspartner“, der mit bestimmten Methoden der Vertragsanbahnung und zur Verbesserung der Markttransparenz seine Kaufentscheidung als Nachfrager wesentlich beeinflusst. Zwischen dem werbenden Hersteller und den Nachfragern besteht eine ökonomische Sonderbeziehung;²⁸⁶ eine vertragsähnliche „Durchgriffshaftung“²⁸⁷ aus c.i.c. für vertragsanbahnende Erklärungen des Herstellers ist deshalb angezeigt. Die zumindest hinsichtlich des wirtschaftlichen Ergebnisses existierende Parallele zur Produzentenhaftung vermag die Richtigkeit dieser Auffassung nur zu bestätigen.²⁸⁸

Aufgrund dieser Überlegungen ist dem werbenden Hersteller, der zu Zwecken der Vertragsanbahnung an die Nachfrageseite kommunikativ herantritt, regelmäßig eine eigene Haftung aus c.i.c. für alle Werbeerklärungen aufzuerlegen.²⁸⁹ Auch wenn er selbst als potentieller Vertragspartner des Käufers von vornherein auszuschließen ist, fördert er doch als Dritter berufsmäßig im eigenen ökonomischen Interesse das Zustandekommen von bestimmten Kaufverträgen und beansprucht dabei als Fachmann aus der Sphäre der Produktion von der Nachfrageseite ein besonderes Vertrauen hinsichtlich seiner akquisitiv wirkenden Produktangaben.²⁹⁰

²⁸³ S. oben I.2. ff.

²⁸⁴ Vgl. Bohrer, S. 323: „Fehlt es an der Zurechenbarkeit zum Geschäftsherrn, bewendet es sich bei der alleinigen Haftung der ‚Hilfsperson‘.“

²⁸⁵ S. oben I.2. ff.

²⁸⁶ S. oben IV. bei Fußn. 260.

²⁸⁷ S. oben die Ausführungen des BGH, IV.1.3.5.3.

²⁸⁸ S. oben IV.1.3.5.1.; vgl. in diesem Zusammenhang auch §§ 13 Abs. 3, 4 Abs. 2 UWG.

²⁸⁹ Bedient dieser sich dabei bestimmter weisungsgebundener Hilfspersonen, z.B. einer Werbeagentur, so haftet er auch analog § 278 für deren Pflichtverletzungen. Ausführlich zur Wettbewerbshaftung von Werbeagenturen und Medien, Henning-Bodewig, F., Dissertation München 1980, passim.

²⁹⁰ Vgl. auch Bohrer, S. 323: „Jedermann ist also für die Enttäuschung ihm zurechenbaren, schutzwürdigen Vertrauens verantwortlich.“ Rechtsdogmatische Bedenken lassen sich dadurch ausräumen, daß diese Art der Haftung zwischen einer deliktischen und einer rechtsge-

Inwieweit daneben eine Haftung des Verkäufers aus c.i.c. Platz greift, kann sich nur danach richten, ob und inwieweit der den Kaufvertrag abschließende Einzelhändler selbst eine eigene Sorgfaltspflichtverletzung bei der Vertragsanbahnung begangen hat oder nicht. Eine Haftungszuweisung analog § 278 für das Verhalten des Herstellers zu Zwecken der Vertragsanbahnung scheidet jedoch jedenfalls prinzipiell aus; Hersteller und Handel stehen im Regelfall nicht wie Geschäftsherr und Erfüllungsgehilfe zueinander.²⁹¹ Beide können daher grundsätzlich aus c.i.c. nur dann haften, wenn jeder für sich eine eigene Sorgfaltspflichtverletzung bei der Vertragsanbahnung begangen hat.

Problematisch kann die Auferlegung einer Haftung aus c.i.c. freilich z.B. dann sein, wenn sich der Handel irreführende Werbeaussagen Dritter zu eigen macht,²⁹² etwa indem er Werbematerial oder die Werbekonzeption eines Herstellers für sich so verwendet, daß er selbst als ein aktiv Beteiligter an dieser Werbeaktion betrachtet werden muß. In diesem Fall muß für ein und dieselbe Werbeangabe eine gesamtschuldnerische Haftung der Beteiligten für ihre gemeinsame Sorgfaltspflichtverletzung eingreifen, die im Innenverhältnis entsprechend dem jeweiligen Verschuldensanteil auszugleichen ist.²⁹³ Als Rechtsgrundlage bietet sich rein theoretisch dafür entweder eine Analogie zu den Rechtsgrundsätzen der Haftung für c.i.c. des Vertreters und des Vertretenen²⁹⁴ oder zu den §§ 840, 421, 426, 254²⁹⁵ an; wegen der nur

schäftlichen Haftung anzusiedeln ist, vgl. Bohrer, S. 331; s. auch Esser/Weyers (UTB), S. 94: „Die Annahme einer culpa in contrahendo oder einer positiven Vertragsverletzung setzt regelmäßig voraus, daß man vom Verkäufer eine Prüfung der Warenbeschaffenheit erwartet, die oft – z.B. bei originalverpackten Gegenständen oder an sich ungefährlicher oder rasch und massenweise umgeschlagener Ware sinnvollerweise nicht gefordert werden kann. Dann liegt der Versuch nahe, den Ersatzanspruch gegen den zu richten, der den Fehler – meist bei der Herstellung – verursacht hat oder doch mindestens durch allgemeine Werbung, Inhaltsangabe auf der Packung oder Prägung einer Warenmarke allgemeines Vertrauen in ihre Fehlerfreiheit, mindestens Unschädlichkeit beansprucht und geschaffen hat.“

Dieses Ergebnis läßt sich auch durch die ökonomische Analyse des Rechts der Haftungszuweisung für vertragsanbahnende Erklärungen bestätigen, s. oben III.8. bei Fußn. 93 ff.; der Werbetreibende selbst kann am kostengünstigsten die größtmögliche Senkung von unnötigen Transaktionskosten verfolgen; ihm ist daher auch eine entsprechende Haftung für die schuldhaft Fehlleitung von Transaktionsvorgängen durch fehlerhafte Werbeangaben zuzuweisen.

²⁹¹ S. oben III.7.1.8. bei Fußn. 72.

²⁹² Vgl. dazu § 13b Abs. 1 Satz 2 des Entwurfs eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen unlauteren Wettbewerb, BT-Drucks. 8/2145; s. auch die Begründung S. 21 f. Ein Rücktrittsrecht kann nur geltend gemacht werden, wenn sich der Vertragspartner die Werbung eines Dritten objektiv zu eigen gemacht hat, etwa indem er sich durch eigene Maßnahmen (Plakate, Verkaufsstände, Schaufensterwerbung, Inserate) daran beteiligt.

²⁹³ S. grundsätzlich zu dieser Möglichkeit auch bei einer vertraglichen Schadensersatzpflicht BGHZ 43, 227; das gleiche muß auch im Fall einer Gemeinschaftswerbung von mehreren Herstellern und Händlern gelten.

²⁹⁴ Grundsätzlich steht die Eigenhaftung des Vertreters anstatt oder neben der Haftung des Geschäftsherrn, s. statt vieler Entscheidungen BGH 17. 3. 1976, DB 1976, 954; MünchKomm/Emmerich, vor § 275, Rdz. 164; Emmerich, Recht der Leistungsstörungen, S. 43 mit weiteren Hinweisen; s. oben bei Fußn. 262 ff.

²⁹⁵ Diesen Weg wählte die UWG-Novelle, s. oben Fußn. 292.

sehr lockeren Beziehungen zwischen Industrie und Handel im Regelfall, ist dem Weg über § 840 der Vorzug zu geben.

Als Ergebnis ist somit festzuhalten: Hersteller und Händler haften als Werbende und Verkäufer nur insoweit aus c.i.c. als ihnen jeweils individuell anlässlich der Vertragsanbahnung eine eigene schuldhafte Sorgfaltspflichtverletzung zum Vorwurf gemacht werden kann; in dem Maße wie Industrie und Handel bei der Vertragsanbahnung getrennt oder zusammen arbeiten, trifft sie auch eine privatrechtliche Einstandspflicht für etwaige schuldhafte Pflichtverletzungen.

Diese Zuweisung einer Haftung für vertragsanbahnende Erklärungen und Verhaltensweisen auch an einen Dritten, der als Werbender regelmäßig nicht als Vertragspartner in Frage kommen kann, bedarf nicht einer Aufhebung der dogmatischen Dualität der rechtsgeschäftlichen und der deliktischen Haftung im Privatrecht,²⁹⁶ denn es geht nur darum, daß jeder, der sich in der vorvertraglichen Sphäre bewegt und Erklärungen abgibt, die zur Vertragsanbahnung dienen, auch wenn er selbst nicht Vertragspartner ist, gemäß denjenigen privatrechtlichen Grundsätzen zu haften hat, die speziell zur Regelung für diesen Bereich der Kontrolle von ökonomischen Transaktionen von der Rechtsordnung geschaffen worden sind. Dies ist ein gemeinsamer Grundgedanke, der das Gesamtsystem der Vertrauenshaftung im Privatrecht durchzieht.²⁹⁷

4. Konkurrenzen

4.1. Haftung des Werbenden, der nicht Vertragspartner des Käufers ist

Liegt in der Person des Werbenden, der nicht zugleich Vertragspartner des Käufers ist, ein Umstand vor, der den Käufer zur Geltendmachung eines Schadensersatzanspruches aus c.i.c. wegen einer Sorgfaltspflichtverletzung bei der Vertragsanbahnung berechtigt, ist nach ständiger Rechtsprechung des BGH ein Vorrang der vertraglichen Gewährleistungsansprüche zwischen Verkäufer und Käufer vor den vorvertraglichen Ansprüchen zwischen Werbenden und Käufer nicht gegeben: „Gewährleistungsansprüche bestehen nur im Verhältnis der Kaufvertragsparteien. Das Aufgehen des Ersatzanspruches des Käufers aus Verschulden bei Vertragsabschluß im Gewährleistungsanspruch hat nicht zur Folge, daß der Kläger einen Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens gegen die Beklagten verliert. Daß im Augenblick des Vertragsschlusses der zunächst gegebene Haftungsgrund des enttäuschten Verhandlungsvertrauens gleichsam von der stärkeren Haftung aus Vertrag überholt wird, gilt nicht im Verhältnis zwischen Kläger (Käufer) und Beklagter

²⁹⁶ So Bohrer, S. 331; Bohrer ist jedoch insoweit recht zu geben, als eine strenge Trennung dieser Bereiche häufig nicht mehr möglich ist; s. z.B. zur Produzentenhaftung oben bei Fußn. 164.

²⁹⁷ Vgl. Canaris, S. 490 ff.; s. oben IV.1.1. ff.

(Vermittler). Die Haftung des Beklagten als Vertreterin ist eine eigene. Sie besteht deshalb *neben* der Haftung des Verkäufers aus Gewährleistung weiter²⁹⁸.

Eine Haftung des mit Methoden der Sprungwerbung arbeitenden Herstellers aus c.i.c. ist daher auch dann gegeben, wenn der Käufer aufgrund der gleichen Umstände Gewährleistungsansprüche gegen den Verkäufer geltend machen kann.

4.2. Haftung des Werbenden, der auch Vertragspartner des Käufers ist

Nur beim Zusammentreffen einer Haftung für Sachmängel gemäß § 459 mit einer Haftung aus c.i.c. aufgrund fehlerhafter vertragsanbahnender Erklärungen bezüglich von Eigenschaften einer Kaufsache in ein und derselben Person ist die umstrittene Frage der Konkurrenzen dieser Anspruchsgrundlagen berührt.²⁹⁹ Hier geht es in der Tat um die Frage, ob und inwieweit das System der Gewährleistungsvorschriften durch ein anderes schuldrechtliches Institut zur Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen aufgrund vorvertraglichen Verschuldens zumindest vom wirtschaftlichen Ergebnis her betrachtet „ausgehöhlt“ werden darf.³⁰⁰

Insbesondere Medicus³⁰¹ hat sich dagegen ausgesprochen, daß das Sanktionssystem der Gewährleistung durch eine Haftung für c.i.c. wegen schuldhaft falscher oder unvollständiger Angaben über die Kaufsache unterminiert wird. Unter Hinweis auf § 463 Satz 2 bzw. § 480 Abs. 2 vertritt Medicus zusammen mit der wohl immer noch herrschenden Meinung in Literatur und Rechtsprechung die Auffassung, daß Schadensersatzansprüche wegen solcher Angaben nur auf § 463 als eine Sondervorschrift des Gewährleistungsrechts gestützt werden könnten; damit würde auch sinnvoll zwischen zwei Arten von vorvertraglichen Angaben des Verkäufers über die Kaufsache unterschieden werden: „solchen, die Vertragsinhalt geworden sind und solchen, deren Aufnahme in den Vertrag der Käufer nicht hat durchsetzen können.“³⁰²

Diese Argumentation setzt voraus, daß es sich bei den Gewährleistungsansprüchen gemäß §§ 459ff. und beim Schadensersatzanspruch aus c.i.c. tatsächlich um zwei Anspruchskomplexe handelt, die in einem Verhältnis der verdrängenden Gesetzeskonkurrenz zueinander stehen, etwa weil der Gesetzgeber vorvertraglichen Angaben, die zum Vertragsinhalt geworden sind und solche, deren Aufnahme in den Vertrag unterblieben ist, als Anknüpfungspunkt für eine unterschiedliche Regelung herangezogen hat. Darüber hinaus muß unter Berücksichtigung der genetischen Verknüpfung der Gewährleistungsvorschriften mit einer bestimmten ökonomischen

²⁹⁸ BGHZ 63, 382 (387, 388); BGH 17. 3. 1976, DB 1976, 954.

²⁹⁹ S. oben III.7.1.7. ff.

³⁰⁰ S. statt vieler Sack, Folgeverträge, S. 27; MünchKommB/ZB vor § 275 Rdz. 140; Esser/Schmidt, Teilband 2, S. 101, 102.

³⁰¹ Medicus, Grenzen der Haftung für culpa in contrahendo, JuS 1965, 209ff.; ebenso BGHZ 60, 319; s. oben III.7.1.7.

³⁰² Medicus, JuS 1965, 216; zum Meinungsstand s. oben III.7.1.7.; vgl. auch die Darstellung bei MünchKommB/ZB vor § 275 Rdz. 101ff., 112.

mischen und gesellschaftlichen Entwicklungsstufe die Frage gestellt werden, ob ein derart unter Heranziehung der Konkurrenzlehre gefundenes Ergebnis einer kritischen Überprüfung anhand der heute vorliegenden wirtschaftlichen Gegebenheiten und den daraus resultierenden Anforderungen an die Ordnungsfunktion des Kaufrechts noch immer standhalten kann.³⁰³

4.2.1. Die Aussagekraft der Materialien

Untersucht man die einschlägigen Materialien zum BGB, so zeigt sich, daß der Gesetzgeber ausdrücklich eine rechtsdogmatische Einordnung der Haftung für c.i.c. nicht vorgenommen hat: „Ob begrifflich die Haftung für culpa in contrahendo auf einem Eingriff in den fremden Rechtskreis, mithin auf eine unerlaubte Handlung oder auf die Verletzung einer rechtsgeschäftlichen Pflicht zurückzuführen ist, ist eine Konstruktionsfrage, deren Lösung der Wissenschaft überlassen werden darf“.³⁰⁴ Stellt man daher die Haftung aus c.i.c. als eine Erscheinungsform einer umfassenden Vertrauenshaftung neben die Haftung aus Vertrag und Delikt,³⁰⁵ so erscheint schon deshalb eine verdrängende Normenkonkurrenz zu den Gewährleistungsvorschriften ausgeschlossen.

In den Motiven findet außerdem entsprechend dem Jheringschen Verständnis die Haftung für c.i.c. nur im Rahmen der Behandlung der Anfechtung eine Erwähnung.³⁰⁶ Bei der Erörterung des Schadensersatzanspruchs eines Veräußerers aufgrund von Gewährleistungsvorschriften wird demgegenüber dargelegt, daß dem Betrogenen wegen des Vorliegens eines „dolus“ nicht nur ein Anfechtungsrecht und der damit verbundene Schadensersatzanspruch auf das negative Interesse, sondern daneben auch ein Schadensersatzanspruch auf das positive Interesse eröffnet werden muß.³⁰⁷ In diesem Umstand liegt ein entscheidender Unterschied zwischen der Regelung des § 463 und der Haftung aus c.i.c. begründet; erstere führt zum Ersatz des positiven, letztere des negativen Interesses. Dies darf allerdings nicht damit verwechselt werden, daß unter bestimmten Umständen das negative Interesse betragsmäßig das positive übersteigen kann, denn auch dies ist bereits schon in den Motiven erkannt worden: „Dieses sog. negative Interesse wird in manchen Fällen mit dem Erfüllungsinteresse sich decken, in anderen dasselbe nicht erreichen; es kann aber auch jenes unter Umständen übersteigen.“³⁰⁸

Aber gerade wegen dieses Unterschieds in der Sanktionsseite kann die Regelung des § 463 nicht als eine Sonderregelung der Haftung aus c.i.c. aufgefaßt werden.

³⁰³ Statt vieler s. Kreuzer, S. LXIII: „Das Kaufrecht des BGB weist im Grunde einen ‚archaischen‘ Charakter auf, der einer einfacheren Zivilisationsstufe mit weniger komplizierten Tatbeständen entspricht.“ S. oben III.7. und III.8.

³⁰⁴ Motive I, 195.

³⁰⁵ Bohrer, S. 331.

³⁰⁶ Vgl. Motive I, 193 ff. (195).

³⁰⁷ Motive II, 228; zur Berechnung vgl. statt vieler Diederichsen, „Schadensersatz wegen Nichterfüllung“ und Ersatz von Mangelfolgeschäden, AcP 165 (1965) S. 150 ff.

³⁰⁸ Motive I, 195; s. auch BGH 29. 1. 1965, NJW 1965, 812 (814).

Zwar decken sich die sachlichen Anknüpfungspunkte, die Tatbestandsseite dieser Rechtsinstitute, insoweit sie beide auf das Vorliegen einer schuldhaft irreführenden Erklärung abstellen, jedoch ist die jeweilige Rechtsfolge unterschiedlich; bereits aus den Motiven kann entnommen werden, daß die Geltendmachung des prinzipiell betragsmäßig weitergehenden positiven Interesses nicht die Inanspruchnahme des negativen Interesses verdrängen sollte; § 463 stellt vielmehr nur eine zusätzliche Haftungsverschärfung dar.³⁰⁹

In den Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch findet sich auch ansonsten kein Hinweis, daß der Gesetzgeber den § 463 als eine abschließende Sonderregelung für das Verschulden bei der Vertragsanbahnung betrachtet hat;³¹⁰ demgegenüber läßt sich entnehmen, daß das Gestaltungsrecht der Anfechtung gemäß § 123 neben dem Schadensersatzrecht aus § 463 Bestand haben soll. Dies ist deswegen zu berücksichtigen, weil der BGH in ständiger Rechtsprechung³¹¹ die Auffassung vertritt, daß die Haftung für c.i.c. zusammen mit und neben § 123 das Recht zur freien Willensbestimmung in der Weise schützt, daß beide Rechtsbehelfe additiv nebeneinander stehen und daß darüber hinaus die Frist des § 124 nicht (auch nicht analog) die dreißigjährige Verjährungsfrist gemäß § 195 für den Schadensersatzanspruch aus vorvertraglichem Verschulden verkürzen kann. Rechtsdogmatisch wird dies mit dem systematischen Nebeneinander von Schadensersatzanspruch und Anfechtungs-

³⁰⁹ Vgl. Motive II, 229: „Wenn auch der in Betracht kommende dolus sich als ein dolus causam dans charakterisirt oder diesem doch gleichsteht und ein solcher dolus dem Betrogenen das Recht giebt, den Vertrag anzufechten mit der Wirkung, daß er den Ersatz des negativen Interesses zu fordern befugt ist (§§ 103, 112), so zieht der Entwurf doch mit dem geltenden Rechte hier nicht die Konsequenz, daß der Erwerber auf das negative Interesse beschränkt sei. Das dem geltenden Rechte augenscheinlich zu Grunde liegende Bedürfnis, den unredlichen Veräußerer in dem in Frage stehenden Falle wegen dessen hervorragender Wichtigkeit im Interesse thunlichster Sicherung des Verkehres mit empfindlichen Nachtheilen zu bedrohen, verdient volle Beachtung. Der Anspruch geht hiernach in den Fällen des § 385 immer auf das Erfüllungsinteresse, wie es sich in concreto aus der Zusicherung oder dem dolus des Veräußerers und aus dem Mangel ergibt.“

Die von Medicus, a. a. O., Fußn. 301 getroffene Unterscheidung läßt sich daher mit Hilfe der Motive zum BGB nicht belegen; außerdem entspricht sie nicht mehr den heute gegebenen Umständen der Vertragsverhandlung; der Verkäufer kann seinerseits nur in den seltensten Fällen eine „Vertragsaufnahme“ von bestimmten Angaben oder Klauseln durchsetzen; s. oben I.2.; III. 7.; gerade mit Rücksicht auf den Gedanken des Schutzes der Privatautonomie darf insoweit nicht von atypischen Sachverhalten und unrealistischen Vorstellungen ausgegangen werden; s. oben I.4.

³¹⁰ Vgl. ebenso Hartweg, JuS 1973; Schaumburg, Sachmängelgewährleistung und vorvertragliches Verschulden, S. 50; dieselbe, MDR 1975, 105 ff.

³¹¹ BGH 31. 1. 1962, NJW 1962, 1196; 28. 2. 1968, NJW 1968, 986; 23. 4. 1969, NJW 1969, 1625; 17. 2. 1973, NJW 1974, 849; 11. 5. 1979, JZ 1979, 527; vgl. dazu auch Medicus, Rdz. 150; ders., JuS 1965, 211 ff.

Vgl. in diesem Zusammenhang auch BGH 26. 10. 1978, WM 1979, 54; Flume, Eigenschaftsirrthum und Sachmängelhaftung beim Spezia Kauf, DB 1979, 1637 ff.; auch durch diese Rechtsprechung wird über die Irrtumsanfechtung die „Sachmängelhaftung“ erweitert; vgl. in diesem Zusammenhang auch v. Caemmerer, „Mortuus redhibetur“. Bemerkungen zu den Urteilen BGHZ 53, 144 und 57, 137, in Festschrift Larenz, S. 621 ff.

recht begründet, wobei hinsichtlich der Haftung aus c.i.c. maßgeblich darauf abgestellt wird, daß dieser Anspruch auf die Verletzung eines gesetzlichen Schuldverhältnisses beruht, das aufgrund der Aufnahme von Vertragsverhandlungen bestimmte vorvertragliche Aufklärungs-, Offenbarungs-, Hinweis- und sonstige allgemeine Schutzpflichten betrifft.³¹²

Aber nicht nur von der Sanktionsseite her betrachtet, sondern auch unter dem Gesichtspunkt der Rechtsnatur unterscheidet sich der Schadensersatzanspruch aus § 463 von dem aus c.i.c., denn bei ersterem handelt es sich um einen rechtsgeschäftlichen, bei letzterem um einen gesetzlichen Anspruch.³¹³

4.2.2. Das „innere System“ der §§ 459ff.

Unter Heranziehung einer rein rechtssystematischen Betrachtungsweise hat zu dem Schaumburg³¹⁴ überzeugend nachgewiesen, daß, ausgehend vom „inneren“ System der §§ 459ff. aus § 463 nicht geschlossen werden kann, daß dadurch die Haftung für vorvertragliches Verschulden abschließend geregelt worden ist: Um Abstimmungsschwierigkeiten mit dem allgemeinen Recht der Leistungsstörungen gemäß § 279ff., 320ff. zu vermeiden, fingieren die speziellen Regeln der §§ 459ff. auch bei einer nur mangelhaften Leistung die Erfüllung des Kaufvertrages und beschränken damit die Rechte des Käufers auf die speziellen Gewährleistungsansprüche, d.h. im Regelfall die Möglichkeit der Wandlung oder Minderung gemäß § 462; diese Fiktion wird jedoch im Fall des Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft oder einer arglistigen Täuschung des Verkäufers wieder aufgehoben, so daß der ursprünglich in § 325 vorgesehene Schadensersatzanspruch „wegen Nichterfüllung“ (vgl. § 463) wieder aufleben kann. Bei § 463 handelt es sich somit um eine Einzelausnahme des Ausnahmekomplexes der Vorschriften der §§ 459ff. gegenüber dem allgemeinen Recht der Leistungsstörungen, so daß dieses wieder zum Zuge kommen muß.³¹⁵ Rechtsdogmatisch ist dies damit zu begründen, daß in den Fällen des § 463, die mit der Sonderregelung der §§ 459ff. verbundene Privilegierung des Verkäufers zu Zwecken einer schnellen und endgültigen Abwicklung von Kaufverträgen dem Gesetzgeber sachlich nicht mehr gerechtfertigt erschien.³¹⁶ Einem arglistig handelnden Verkäufer soll nicht die Vergünstigung einer schnellen (vgl. insbesondere auch § 477) und unkomplizierten rechtlichen Abwicklung von ökonomischen Austauschvorgängen zugute kommen.

³¹² Besonders deutlich BGH 11. 5. 1979, JZ 1979, 528.

³¹³ Vgl. dazu auch Diederichsen, Das Zusammentreffen von Ansprüchen aus Verschulden bei Vertragsschluß und Sachmängelgewährleistung, BB 1965, 401ff.; Georgiades, S. 208f.; Thiele, JZ 1967, 656; Honsell, JR 1976, 364ff.; Emmerich, Das Recht der Leistungsstörungen, S. 40; Larenz, Schuldrecht BT, S. 64f.; ders., in Festschrift für Ballerstedt, S. 406ff.; Herberger, S. 131ff.; Stoll, in Festschrift für v. Caemmerer, S. 463; Hartwig, JuS 1973, 736ff.; Esser/Weyers, (UTB), S. 77, 79; Nirk, in Festschrift für Möhring, 1975, S. 91ff.

³¹⁴ S. a. a. O., Fußn. 310.

³¹⁵ Schaumburg, MDR 1975, 110ff.; s. auch Stoll, in Festschrift für v. Caemmerer, S. 463ff.

³¹⁶ Vgl. Motive II, 228; s. oben bei Fußn. 304.

Die gegenteilige Rechtsauffassung des BGH führt zu einer Reihe von „unerträglichen Wertungswidersprüchen“³¹⁷ sowohl innerhalb des Systems des Kaufrechts als auch im Hinblick auf dessen Abstimmung mit anderen schuldrechtlichen Vertragstypen, insbesondere mit typengemischten Verträgen und Verträgen, für die keine spezielle Haftung aus Gewährleistung vom BGB vorgesehen ist.³¹⁸ Larenz³¹⁹ weist zutreffend darauf hin, daß der Verkäufer aus c.i.c. z.B. auch dann haftet, wenn er es unterläßt, den Käufer auf Gefahren hinzuweisen, die aus dem Gebrauch der fehlerlosen Kaufsache resultieren;³²⁰ erst recht muß er haften, wenn sich die Gefahr aus einem Fehler der Kaufsache ergibt, den der Verkäufer bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt hätte erkennen können oder müssen. Anders formuliert: Es ist logisch nicht recht verständlich, warum der Käufer beim Vorliegen entfernter Mangelfolgeschäden rechtlich besser gestellt werden soll, als im Fall des Vorliegens eines Mangelschadens,³²¹ und warum insoweit die deliktsrechtliche Haftung des Herstellers und Verkäufers unter dem Gesichtspunkt der Produzentenhaftung unter Umständen sogar weitergehen kann als die kaufvertragliche Haftung.³²² Ebenso wertungswidersprüchlich ist es, daß ein vertragsanbahnender Dritter unter dem Gesichtspunkt der c.i.c. strenger haftet³²³ als der Verkäufer selbst, obwohl dieser der Transaktion viel näher steht und den eigentlichen ökonomischen Nutzen daraus zieht.

Diese Wertungswidersprüche ergeben sich daraus, daß an dem „irrationalen Überleben einer altertümlich verwurzelten Doktrin“³²⁴ festgehalten wird, obwohl

³¹⁷ Larenz, Schuldrecht BT, S. 65.

³¹⁸ S. oben III.7.1.7. sowie den Vergleich der Entscheidungen BGH 14. 3. 1973, NJW 1973, 843 (Nottestament); 8. 2. 1978, BB 1978, 980 (Börsendienst); bei typengemischten Verträgen wird eine allgemeine Schadensersatzhaftung aufgrund von Sorgfaltpflichtverletzungen bejaht; s. auch BGH 12. 11. 1969, NJW 1970, 653; 15. 1. 1969, BB 1969, 696; 18. 3. 1977, NJW 1977, 1538; 25. 5. 1977, NJW 1977, 1536; aufgrund der beschränkten Reichweite des Fehlerbegriffs werden Gewährleistungsansprüche verneint, so daß eine Haftung aus c.i.c. zum Zuge kommen kann; je enger die Voraussetzungen der ursprünglich zu Zwecken des Käuferschutzes geschaffenen Gewährleistungshaftung ausgelegt werden, desto größer kann der effektivere Schutzbereich der Haftung für c.i.c. sein; s. oben III.7.1.7.; vgl. auch BGH 9. 10. 1980, JZ 1981, 62.

³¹⁹ Larenz, Schuldrecht BT, S. 65; s. auch Honsell, JR 1976, 361, 364 ff.

Nur am Rande sei außerdem erwähnt, daß der Käufer immer aus c.i.c. haftet; die vermeintliche Privilegierung durch das Gewährleistungsrecht kommt nur dem Verkäufer zugute; vgl. Larenz in Festschrift für Ballerstedt, S. 406; auch diese rechtliche Besserstellung des Verkäufers ist heute nicht mehr recht nachzuvollziehen.

³²⁰ Vgl. z.B. BGH 25. 4. 1956, NJW 1956, 1193 (fehlende Unterrichtung über die Betriebsgefahren eines gelieferten Maschinenteils); BGHZ 64, 46 (49), (Haartonikum mit schädlichen Nebenwirkungen).

³²¹ Münch Kom/Emmerich, vor § 275, Rdz. 112.

³²² BGH 24. 11. 1976, NJW 1977, 379 (Schwimmschalter); die Produzentenhaftung wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß zwischen dem Hersteller und dem Endverbraucher vertragliche Beziehungen bestehen.

³²³ S. oben IV.4.1. ff.

³²⁴ Rabel, 2. Band, S. 101; s. auch Kreuzer, S. LXIV; Pecher, S. 77 f.

die ökonomischen Gegebenheiten sich inzwischen so umfassend verändert haben, daß die vielleicht ehemals gebotene Privilegierung des Verkäufers durch diese besondere Ausformung der Gewährleistung heute zu einer durch nichts mehr gerechtfertigten wirtschaftlichen Benachteiligung des Käufers führt.³²⁵

4.2.3. Ergebnis: Anspruchskonkurrenz

Die ökonomische Analyse des Kaufrechts und insbesondere des Sanktionssystems der Gewährleistung für Sachmängel hat gezeigt,³²⁶ daß die veränderte Marktsituation und die ökonomische Bedeutung der modernen Methoden der Vertragsanbahnung³²⁷ die Bejahung einer Anspruchskonkurrenz zwischen den Ansprüchen aus c.i.c. und der Haftung für Sachmängel notwendig werden läßt.³²⁸ Dadurch soll nicht das zumindest in sich stimmige System der Gewährleistung einer diffusen Billigkeitsrechtsprechung einfach geopfert werden, sondern es muß gleich einer Epikie unter Berücksichtigung der ökonomischen Anforderungen an eine zeitgemäße rechtliche Regelung von Austauschvorgängen eine Abstimmung dieses seit rund zweitausend Jahren unverändert gebliebenen Systems mit der sich inzwischen im bürgerlichen Recht entwickelten Vertrauenshaftung versucht werden. Der privatrechtliche Gedanke des Vertrauensschutzes sowie das daraus abzuleitende Postulat des Ersatzes des Vertrauensschadens im Rahmen des negativen Vertrauensschutzes³²⁹ darf auch im Kaufrecht nicht vernachlässigt oder gar vollständig ausgeklammert werden. Diese Notwendigkeit wird durch die Tatsache bestätigt, daß ein Systembruch mit dem geltenden Sachmängelrecht³³⁰ in weiten Teilen bereits schon vollzogen worden³³¹ bzw. nur dadurch zu vermeiden ist, daß die vertragliche Haftung aus Gewährleistung als nicht vergleichbar mit der vorvertraglichen, gesetzlichen Haftung aufgrund einer Schutzpflichtverletzung betrachtet wird. Die vorstehenden Erörterungen zum Wesen der Haftung für die Verletzung von gesetzlichen Schutzpflichten³³² und der lückenfüllenden Funktion der Haftung für p.F.V.³³³ haben uns gezeigt, daß das BGB eine allgemeine Regelung der Verletzung von vorvertraglichen sowie vertraglichen Sorgfaltspflichten nicht kennt. Wenn es daher im Rahmen der Gewährleistung ausnahmsweise einmal einen Schadensersatzanspruch, der zudem zur Erbringung des positiven Interesses verpflichtet, an ein bestimmtes vorvertragliches Verhalten anknüpfen läßt, kann *nicht* daraus geschlossen werden, daß damit *im Kaufrecht dieser Bereich der Schutzpflichtverletzung bei der Vertragsanbahnung abschließend geregelt worden ist*. Auch im Rahmen des

³²⁵ S. oben I.4.

³²⁶ S. oben III.8.

³²⁷ S. oben I.2. ff.

³²⁸ Auch Medicus, Rdz. 150, anerkennt grundsätzlich die Vertretbarkeit einer derartigen Rechtsfortbildung.

³²⁹ Canaris, S. 491 ff., 532 ff.; Bohrer, S. 78 ff.

³³⁰ Davon warnt Canaris, S. 545; s. dazu oben III.7.1.7.

³³¹ S. oben III.7.1.7.

³³² S. oben IV.1.1.

³³³ S. oben IV.1.3.5.1.

Kaufrechts wurde vom BGB die Verletzung von vorvertraglichen Sorgfaltspflichten genauso wenig wie im Zusammenhang mit allen anderen vertraglichen Rechtsinstituten ausdrücklich geregelt. Es gibt daher auch keinen tragfähigen rechtsdogmatischen Ansatzpunkt, der eine Beschränkung der Haftung für c.i.c. im Rahmen der kaufrechtlichen Beurteilung von ökonomischen Transaktionen indizieren könnte. Diese durch Rechtsprechung und Literatur entwickelte Rechtsfigur der Haftung für c.i.c. hat für alle vorvertraglichen Beziehungen *gleichermaßen Gültigkeit*, denn eine die Haftung modifizierende Differenzierung des Vertrauensschutzes entsprechend dem jeweils abzuschließenden Vertragstypus ist weder rechtlich noch ökonomisch sinnvoll oder angezeigt. Jede Transaktion, gleich in welche vertragsrechtliche Kategorie sie einzuordnen ist, soll möglichst kostengünstig angebahnt und durchgeführt werden. Eine Senkung von Transaktionskosten durch die vertrags- bzw. quasi-vertragsrechtliche Statuierung von Haftungszuweisungen ist daher auf ganzer Linie zu verfolgen.

Dieses Problem kann ohne komplizierte rechtsdogmatische Konstruktionen³³⁴ aber dadurch gelöst werden, daß auch im Kaufvertrags- und im Werkvertragsrecht³³⁵ genauso wie bei allen anderen schuldrechtlichen Vertragstypen eine Haftung aus c.i.c., für alle Sorgfaltspflichtverletzungen bei der Vertragsanbahnung, also auch für Sorgfaltspflichtverletzungen, die die Kaufsache oder das herzustellende Werk selbst betreffen, eröffnet wird.³³⁶ Der Nachfrager zahlt in diesem wie in jedem anderen Fall der Vertragsanbahnung der Angebotsseite einen Deckungsbeitrag, mit dem diese ihre vertragsvorbereitenden Bemühungen finanziert bzw. wirtschaftssystembedingt finanzieren muß.³³⁷ Aufgrund dieser ökonomischen Sonderbeziehung sowie mit Rücksicht auf den Gedanken der Risikosphäre und der Zuweisung einer Haftung an den „cheapest cost avoider“ zum Zweck der Senkung von Transaktionskosten ist auch ein „materielles Risikoargument“³³⁸ für diese Schadensersatzhaftung aus c.i.c. im Dienst des negativen Vertrauensschutzes durch das Zivilrecht vorhanden.

³³⁴ Vgl. in diesem Zusammenhang v. Caemmerer, in Festschrift für Larenz, S. 625: „Deren Regelung in den Vorschriften des BGB über die Durchführung von Rücktritt und Wandelung ist aber gesetzestechnisch so mißglückt und in zentralen Fragen auch rechtspolitisch so fragwürdig und umstritten, daß ein für Theorie und Praxis kaum noch zu durchdringendes Dikicht von Streitfragen und Thesen entstanden ist.“

Einfache Lebenssachverhalte, wie sie hier zur Erörterung stehen, sollten sich aber eigentlich auch mit einfach zu handhabendem juristischen Werkzeug in den Griff bekommen lassen.“ Vgl. in diesem Zusammenhang auch Weitnauer, NJW 1970, 640; Boehmer, JZ 1953, 396.

³³⁵ Auch im Werkvertragsrecht vertritt der BGH die Auffassung, daß genauso wie im Kaufrecht Ansprüche aus c.i.c. durch die speziellen Vorschriften der Gewährleistung verdrängt werden, BGH 19. 3. 1976, DB 1976, 958.

Vgl. dazu andererseits aber MünchKomm/Roth, § 242, Rdz. 227; MünchKomm/Emmerich, vor § 275, Rdz. 117; Littbarski, JZ 1978, 3ff.; ders., BB 1977, 1322f.

³³⁶ Vgl. dazu aus der Praxis AG Köln 7. 7. 1978, NJW 1978, 2603; HansOLG Hamburg 25. 1. 1973, MDR 1973, 496; OLG Karlsruhe 11. 3. 1975, BB 1975, 1316; s. oben III.7.1.7.

³³⁷ S. oben IV.1.3.3.3.

³³⁸ Esser/Weyers (UTB), S. 77.

Der Verkäufer einer Sache muß daher unabhängig von der Existenz von Gewährleistungsverpflichtungen auch unter dem Gesichtspunkt der c.i.c. für seine schuldhaften Sorgfaltspflichtverletzungen bei der Vertragsanbahnung haften; die Anwendbarkeit des Sachmängelrechts kann nicht eine Haftung aus c.i.c. ausschließen. „Dies bringt das Kaufrecht in Einklang mit der Gesamtentwicklung unseres Schuldrechts und macht den Rekurs auf quasi-fiktive selbständige Beratungsverträge und andere zweifelhafte Konstruktionen unnötig.“³³⁹

5. Die Rechtsfolgen der Haftung für Werbeangaben

5.1. Die Einordnung in das System der Schadensersatzhaftung: Mitverschulden, Beweislast, Verjährung und Schadensermittlung gemäß § 287 ZPO

Als eine spezielle Erscheinungsform der Schadensersatzhaftung für c.i.c.³⁴⁰ führt die Haftung für vertragsanbahnende Erklärungen gem. § 249 ff. BGB lediglich zum Ersatz des Vertrauensschadens,³⁴¹ d.h. zum Ersatz des sog. negativen Interesses.³⁴² Der in seinem Vertrauen enttäuschte Nachfrager ist daher vermögensmäßig so zu stellen, als hätte er eine bestimmte Werbeangabe nie gesehen oder gehört und folglich auch keinen Kaufvertrag abgeschlossen. Demgemäß kann er nicht verlangen, so gestellt zu werden, wie wenn die Angaben richtig gewesen wären; er kann also weder Erfüllung noch das Erfüllungsinteresse beanspruchen.³⁴³ Als Ausgangspunkt ist dabei festzuhalten, daß der Geschädigte durch den Schadensersatz in seinem Vermögen so zu stellen ist, wie wenn er sich auf die Vertragsverhandlungen und die Aktivitäten der Vertragsanbahnung seitens der Angebotsseite niemals eingelassen hätte. War die Sorgfaltspflichtverletzung für den Abschluß eines Kaufvertrages kau-

³³⁹ Esser/Weyers (UTB), S. 79; s. oben III.7.3., auch so kann eine Annäherung des deutschen Rechts an das EKG vollzogen werden; vgl. Kreuzer, in Kolloquium zum 65. Geburtstag von E. v. Caemmerer, S. 40f.

³⁴⁰ S. oben IV. bei Fußn. 195ff.

³⁴¹ Zur Terminologie vgl. Canaris, S. 5, 491.

³⁴² Vgl. statt vieler MünchKommB/Emmerich, vor § 275 Rdz. 174ff.; Staudinger/Honsell, vor § 459, Rdz. 37; Fikentscher, S. 67; Larenz, Schuldrecht AT, S. 96ff.; RGZ 151, 357 (359); BGH 4. 3. 1955, BB 1955, 429; 29. 1. 1965, NJW 1965, 812; 1. 3. 1972, NJW 1972, 822.

³⁴³ Larenz, Schuldrecht AT, S. 97. Davon zu unterscheiden sind allerdings die Fälle der Haftung aus c.i.c. wegen der schuldhaften Verhinderung des Zustandekommens eines z.B. formwirksamen Abschlusses eines Vertrags oder des Zugangs einer zum Vertragsschluß führenden Willenserklärung. Steht fest, daß ohne die Sorgfaltspflichtverletzung des Erklärungsgegners ein bestimmter Vertrag zustandegekommen wäre, kann auch Schadensersatz in Höhe des Erfüllungsinteresses verlangt werden; Vertragserfüllung selbst kann nicht begehrt werden; vgl. BGH 29. 1. 1965, NJW 1965, 812, 814; 4. 3. 1955, BB 1955, 429; s. oben bei Fußn. 234; MünchKommB/Emmerich, vor § 275, Rdz. 178. Diese Möglichkeit wird auch schon in den Motiven erwähnt, s. oben bei Fußn. 308; ein derartiger Fall wird im Zusammenhang mit Werbeangaben nur äußerst selten auftreten; diese wollen üblicherweise zum Abschluß eines Vertrages anreizen.

sal, so kann der Käufer im Wege des Schadensersatzes die Aufhebung des Vertrags und Ausgleich seines Schadens verlangen,³⁴⁴ der aufgrund eines entgangenen Deckungskaufs entstanden sein kann.³⁴⁵ Ist es nicht zu einem Vertragsschluß gekommen, kann ein Vermögensschaden aufgrund einer überflüssigen Vermögensinvestition im Hinblick auf einen potentiell abzuschließenden Vertrag begründet sein.³⁴⁶

Im Rahmen dieser quasi-vertraglichen Schadensersatzhaftung müssen außerdem die §§ 254 und in Analogie 278 sowie 282 berücksichtigt werden; für vorvertragliche Schutzpflichtverletzungen müssen die gleichen schuldrechtlichen Regelungskonzepte wie für vertragliche Leistungstörungen herangezogen werden.³⁴⁷ Aufgrund der damit verbundenen Differenzierungsmöglichkeiten der rechtlichen Sanktionen kann sich dieses Haftungssystem wesentlich besser als die Sachmängelhaftung³⁴⁸ an die wirtschaftlichen Gegebenheiten und Anforderungen anpassen.

³⁴⁴ BGH 5. 10. 1973, DB 1974, 231; 28. 2. 1968, NJW 1968, 986; 12. 11. 1969, NJW 1970, 653; 27. 2. 1974, NJW 1974, 851; s. auch BGH 31. 1. 1962, NJW 1962, 1196 (Sägemaschine); Larenz, Schuldrecht AT, S. 97; Fikentscher, S. 67; Hartwig, JuS 1973, 739; Sack, Folgeverträge, S. 27; RGRK/Alff, § 276, Rdz. 111; Staudinger/Löwisch, Vorbemerkung zu §§ 275 – 283, Rd. 66; MünchKommBGB, vor § 275, Rdz. 137 ff., 175; Jauernig/Vollkommer, § 276, VI., 3 d.

Ablehnend Medicus, JuS 1965, 209 ff.; Wolf, M., Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit, S. 50; Liebs, Reuerecht des Käufers „an der Haustür“, Göttingen 1970, S. 24; Schubert, AcP 168 (1968) S. 507 f.; mit der Rechtsprechung des BGH ist jedoch davon auszugehen, daß die Haftung für c.i.c. neben dem Gestaltungsrecht der Anfechtung gemäß §§ 119, 123 steht; s. oben IV.4.2.; zur Konkurrenz mit dem Sachmängelrecht s. oben IV.4.1. und IV.4.2.

Vgl. umfassend zu diesem Problemkreis Schumacher, R., Vertragsaufhebung wegen fahrlässiger Irreführung unerfahrener Vertragspartner, S. 13 ff., 23 ff., 116 ff.; Schumacher bejaht jedoch zwischen § 123 und c.i.c. eine einwirkende Normenkonkurrenz und setzt sich damit in Widerspruch zur Rechtsprechung des BGH, vgl. BGH 11. 5. 1979, JZ 1979, 527; s. oben bei Fußn. 311; zur Vertragsaufhebung als Schadensersatz vgl. bei Schumacher, S. 117 ff.; aufgrund dieser abweichenden Entscheidung bezüglich der Konkurrenzen entwertet Schumacher jedoch seinen Lösungsvorschlag, der im wesentlichen auch auf eine Erweiterung der Haftung aus c.i.c. abstellt, obwohl er selbst, S. 122, eine „Erweiterung des überkommenen Zivilrechtssystems“ postuliert.

Eine Vertragsaufhebung kann auch dann verlangt werden, wenn der Schaden nur in der Bindung an einen ex post unerwünschten Kaufvertrag besteht; s. oben III.9.1.4., Schumacher, S. 117.

Zur Vertragsauflösung aus primär wettbewerbsrechtlicher Sicht, vgl. auch Schricker, GRUR 1979, 4 ff.; Sack, NJW 1975, 1303 ff.; ders., Schadensersatzansprüche wettbewerbsgeschädigter Verbraucher nach deutschem und österreichischem Wettbewerbs- und Deliktsrecht, in Kramer/Mayrhofer, S. 99 ff. (112 ff.).

³⁴⁵ Zum entgangenen Deckungskauf sowie allgemein zum negativen Interesse vgl. Larenz, AT, S. 340; Flume, S. 423; Lehmann/Hübner, S. 270.

³⁴⁶ Zum analogen Gedanken der „frustrierten Aufwendungen“ im Schadensersatzrecht, s. oben III.9, bei Fußn. 111; zur „Vertrauensinvestition“ vgl. auch Bohrer, S. 297 ff.; vgl. dazu auch Hildebrandt und Erman, s. oben bei Fußn. 62 ff.

Weitere Einzelheiten zum Ersatz des Vertrauensschadens s. unten IV.5.2.

³⁴⁷ Vgl. statt vieler MünchKommBGB, vor § 275, Rdn. 174 ff.; Fikentscher, S. 66 f.; Jauernig/Schlechtriem, BGB, München 1979, § 276, IV.3.; zur Notwendigkeit der rechtlichen Gleichbehandlung der Verletzung von Transaktions- und Integritätsinteresse s. oben IV.1.3. ff.

³⁴⁸ S. oben zur Kritik III.8.1. und III.8.2.

5.1.1. Mitverschulden

Diese Vorteile rühren zum einen daher, daß die Haftung für vertragsanbahnende Erklärungen die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruches eröffnet, der zu einer Leistungsverpflichtung in Geld führt, deren Umfang durch einen aufgrund rechtlicher Wertungskriterien näher zu bestimmenden Schadensbegriff³⁴⁹ definiert wird, so daß auch für den Bereich der Vertragsanbahnung die allgemeine Fortentwicklung des modernen Schadensersatzrechts fruchtbar gemacht werden kann,³⁵⁰ zum anderen, daß genauso wie im Fall einer Anspruchsstellung aus p.F.V. auch im Rahmen der c.i.c. ein etwaiges Mitverschulden des Anspruchstellers gemäß § 254 zu berücksichtigen ist, so daß es aufgrund dessen zu einer Reduzierung des Schadensersatzanspruches kommen kann. Schon das Reichsgericht hat in ständiger Rechtsprechung die Anwendbarkeit des § 254 im Zusammenhang mit einem Schadensersatzanspruch aus c.i.c. bestätigt³⁵¹ und auch der BGH hat sich dieser Auffassung angeschlossen.³⁵² Für den Bereich der Vertragsanbahnung kann dies vor allem dann eine Rolle spielen, wenn der umworbene Nachfrager auch seinerseits nicht die gebotene Sorgfalt bei der Vorbereitung eines Vertragsabschlusses hat walten lassen.³⁵³ Dies kann z.B. der Fall sein, wenn der Käufer mit Rücksicht auf bestimmte Produktangaben in der Werbung bei den Verkaufsverhandlungen nicht um nähere Auskunft über eine spezifische Funktionsgeeignetheit des Kaufgegenstandes nachgesucht hat oder wenn er durch zumindest teilweise falsche oder unpräzise Angaben seinerseits einen ökonomischen Fehllauf in der Güterverteilung mitverursacht hat.³⁵⁴ Auf jeden Fall kann unter Anwendung von § 254 den vielfältigen Konstellationen und unterschiedlichen Varianten der Vertragsanbahnung Rechnung getragen werden, denn anhand einer flexiblen Zuweisung von Verschulden und Mitverschulden kann am besten seitens des Richters der häufig komplexe Vorgang der Vertragsanbahnung mit divergierenden sachlichen Beiträgen seitens der Angebots- und der Nachfrageseite angemessen bürgerlich-rechtlich berücksichtigt werden. Nur eine derart elastische Regelungstechnik kann zu einer adäquaten rechtlichen Erfassung dieses häufig auch vom Tatsächlichen her nur schwer zu durchdringenden Bereichs der Vertragsanbahnung führen.

³⁴⁹ S. oben III.9.1.4.

³⁵⁰ In diesem Zusammenhang sei nur auf die Rechtsprechung zum Nutzungsentgang von PKW und zur Kommerzialisierung entgangenen Urlaubs hingewiesen; vgl. dazu den Überblick bei Palandt/Heinrichs, Vorbemerkung vor § 249, Anm. 2b), bb) und dd); s. auch § 651 f) Abs. 2 BGB.

³⁵¹ RGZ 97, 336 (339); 120, 249 (263); 151, 357 (361).

³⁵² BGH 1. 3. 1972, NJW 1972, 822 (824); aus der Literatur vgl. insbesondere Henrich, Die unbewußte Irreführung, AcP 162, 88 ff. (100); MünchKom/Emmerich, vor § 275, Rdz. 171; Nirk, in Festschrift für Möhring (1975), S. 94 f.; Bohrer, S. 315.

³⁵³ S. oben III.8. bei Fußn. 99 ff.

³⁵⁴ Vgl. in diesem Zusammenhang auch den Sachverhalt der BGH-Entscheidung vom 1. 3. 1972, NJW 1972, 822; ebenso BGH 17. 5. 1974, MDR 1974, 918; dem Geschädigten ist ein Mitverschulden zum Vorwurf zu machen, wenn er sich „freiwillig in eine erkannte Gefahrenlage begibt“; kritisch dazu Nirk, in Festschrift für Möhring (1975), S. 94 f.

5.1.2. Beweislastverteilung

Entsprechendes gilt in diesem Zusammenhang auch im Hinblick auf die analoge Anwendung des § 282 für die Haftung aus c.i.c.³⁵⁵ Grundsätzlich hat auch für die Haftung aus c.i.c. die Regel Gültigkeit, daß die Parteien alle diejenigen Tatsachen vorzutragen und unter Beweis zu stellen haben, aus denen sich die von ihnen erstrebten Rechtsfolgen ergeben; eine Beweislastumkehr oder eine sonstige Veränderung in der Beweislastverteilung bedarf daher genauso wie bei der Haftung aus p.F.V.³⁵⁶ eines besonderen Anlasses. Dieser ist nach Auffassung von Literatur und Rechtsprechung³⁵⁷ immer dann gegeben, wenn die Schadensursache aus der organisatorischen Sphäre des Schuldners herrührt, in die der Gläubiger typischerweise keinerlei näheren Einblick hat; in diesem Fall ist eine Beweislastverteilung entsprechend der tatsächlich gegebenen Verantwortungsbereiche, d.h. nach Gefahrenkreisen vorzunehmen. Diese Beweislastumkehr gilt jedoch nur hinsichtlich der Anspruchsvoraussetzungen des Verschuldens und der Kausalität. Nach der Rechtsprechung kommt insoweit eine Umkehr der Beweislast analog § 282 im Rahmen eines Anspruchs aus c.i.c., d.h. auch bei der Verletzung von vorvertraglichen Schutzpflichten zur Anwendung.³⁵⁸

³⁵⁵ Vgl. MünchKomm/Emmerich, vor § 275, Rdz. 180; Fikentscher, S. 67; Nirk in Festschrift für Möhring (1965), S. 414 ff.; aus der Rechtsprechung s. BGHZ 66, 54; 67, 387; BGH 26. 9. 1961, NJW 1962, 31 (Bananenschale): „Die Rspr. hat in zunehmendem Maße anerkannt, daß in gewissen Fällen der Verletzung vertraglicher Schutz- und Fürsorgepflichten eine Umkehrung der Beweislast zugunsten des Verletzten hinsichtlich der Frage des Verschuldens Platz greift. Steht fest, daß ein objektiver Mangel oder ein Zustand der Verkehrswidrigkeit im Organisations- und Gefahrenbereich des Unternehmers eine Verletzung ausgelöst hat, so ist im besonderen bei Dienst-, Werk- und Gastaufnahmeverträgen angenommen worden, daß der Unternehmer (Gastwirt) den Beweis dafür zu führen hat, daß ihn und die für ihn handelnden Personen (§ 278 BGB) nicht der Vorwurf eines Verschuldens trifft. Indem die Rspr. den Geschädigten so von einer Beweisführung freistellt, die für ihn durchweg an seinem fehlenden Einblick in die Organisation des Unternehmers scheitert, trägt sie dem erhöhten Vertrauens- und Verkehrsschutz Rechnung, auf den bei solchen Vertragsbeziehungen ein Anspruch besteht. Allerdings hat die Rspr. bislang keine generelle Regelung über die Umkehrung der Beweislast bei positiven Vertragsverletzungen nach Art des § 282 BGB aufgestellt, sondern immer der Art der Vertragsbeziehungen und der Art der Schadensquelle Bedeutung beigemessen. Gerade unter Berücksichtigung dieser Momente ist aber die Umkehrung der Beweislast hinsichtlich des Verschuldens der Eigenart des vorliegenden Falles angemessen.“

³⁵⁶ Statt vieler s. Jauernig/Schlechtriem, § 276, Anm. V, 3, b; Palandt/Heinrichs, § 282, Anm. 2 mit umfangreichen Rechtsprechungshinweisen.

³⁵⁷ Grundlegend Raape, L., Die Beweislast bei positiver Vertragsverletzung. Zugleich ein Beitrag zur Überlassung von Sachen von gefahrdrohender Beschaffenheit, AcP 147 (1941), S. 217 ff.; vgl. auch Larenz, Schuldrecht AT, S. 304 ff.; Blomeyer, AcP (1958/59), S. 97; Schopp, Rechtspflege 1966, 292 (295); Prölss, J., Beweiserleichterungen im Schadensersatzprozeß, Karlsruhe 1966, S. 63 ff.

BGHZ 8, 239 (241); 23, 288 (290); 27, 236 (238/9); 28, 251 (254); 48, 312; BGH 26. 9. 1961, LM Nr. 13 zu § 276 (Fa) BGB.

³⁵⁸ Grundlegend BGHZ 66, 51; zur Entwicklung der Rechtsprechung vgl. Nirk, in Festschrift für Möhring (1965), S. 416 f.; Canaris, JZ 1965, 475 (480); ders., Versicherungsrecht, 1964, 901 (905); Emmerich, JuS 1977, 763; MünchKomm/Emmerich, vor § 275, Rdz. 181.

Bei allen aus dem – für den Verbraucher regelmäßig nicht näher zu durchdringenden – Organisationsbereich der Angebotsseite und ihrer Hilfspersonen (analog § 278, z.B. Werbeagenturen oder sonstige Werbevermittler³⁵⁹) stammenden werblichen Maßnahmen zu Zwecken der Vertragsanbahnung muß daher die Nachfrageseite nur das Vorliegen einer objektiven Sorgfaltspflichtverletzung und den Eintritt eines daraus resultierenden Schadens unter Beweis stellen; dem Beklagten ist die Pflicht aufzuerlegen, den Mangel des subjektiven Tatbestands, das Fehlen von Verschulden, nachzuweisen. Steht die objektive Verletzung einer Verhaltenspflicht bei der Vertragsanbahnung seitens der Angebotsseite fest, so obliegt es ihr, die Vermutung zu widerlegen, daß weder sie noch einer ihrer Erfüllungsgehilfen schuldhaft im Sinne von § 276 gehandelt haben. Gleiches gilt entsprechend für die Frage der Kausalität; hier wird vermutet, daß der Schaden aufgrund des Vorliegens der Pflichtwidrigkeit bei der Vertragsanbahnung entstanden ist.³⁶⁰ Insbesondere trifft bei einer Verletzung von Aufklärungspflichten³⁶¹ stets den Aufklärungspflichtigen die Beweislast dafür, daß der Schaden auch bei einer pflichtgemäßen Aufklärung und Information der Nachfrageseite eingetreten wäre, etwa weil sich der Käufer über diese Hinweise hinweggesetzt hätte.³⁶²

Als Wertungsgrundlage für diese Art der Beweislastverteilung ist die Tatsache zu berücksichtigen, daß es in einer modernen Industriegesellschaft mit starken akquisitiven Anstrengungen der Angebotsseite³⁶³ einem Kläger auf der Nachfrageseite billigerweise nicht zugemutet werden darf, den Beweis für das Verschulden in einem Organisationsbereich zu führen, der ausschließlich vom Beklagten beherrscht wird und dessen Risiken nur von diesem abgeschätzt und kontrolliert werden können. In dieser Hinsicht gleicht somit diese Begründung für die Beweislastverteilung im Rahmen der Haftung für das Verschulden bei der Vertragsanbahnung völlig denjenigen Überlegungen der Literatur und Rechtsprechung, die auch im Zusammenhang mit der Produzentenhaftung eine Umkehr der Beweislast notwendig werden ließen.³⁶⁴

Es bedarf daher der Entwicklung einer „eigenen Dogmatik“³⁶⁵ auch insoweit für die Haftung für vertragsanbahnende Erklärungen, die genauso wie bei der Produzentenhaftung die Tatsache berücksichtigt, daß die Nachfrageseite als Werbeadressat

³⁵⁹ Vgl. BGH 26. 9. 1962, NJW 1962, 2195; 20. 2. 1967, NJW 1967, 1026; s. auch Sack, Folgeverträge, S. 28; Schubert, W., Unredliches Verhalten Dritter bei Vertragsabschluß, AcP 168 (1968), S. 470, 507f.

³⁶⁰ Vgl. statt vieler Palandt/Heinrichs, § 282, Anm. 2 c; MünchKom/Emmerich, vor § 275, Rdz. 181.

³⁶¹ S. oben IV.2.2.1.

³⁶² BGHZ 61, 118 (122); 64, 46 (51); BGH 24. 3. 1977, JuS 1977, 762; s. auch Hofmann, E., Zur Beweislastumkehr bei Verletzung von vertraglichen Aufklärungs- und Beratungspflichten, NJW 1974, 1641 ff.; Nirk, in Festschrift für Möhring (1965), S. 416 f.; MünchKom/Emmerich, vor § 275, Rdz. 181.

³⁶³ S. oben I.2. ff.

³⁶⁴ Einzelheiten s. oben IV. bei Fußn. 154 ff.

³⁶⁵ S. oben IV. bei Fußn. 156.

in vielerlei Hinsicht nur Objekt aller Marketingbemühungen seitens des Herstellers und des Handels ist;³⁶⁶ der Nachfrageseite darf die Beweisführung bezüglich anspruchsbegründender Umstände, die ausschließlich in der Sphäre des Angebots liegen, nicht zugemutet werden. Genauso komplex und für Außenstehende undurchsichtig wie die Herstellung eines komplizierten Industrieerzeugnisses ist die Konzeption und Durchführung einer Werbekampagne; welchem der Beteiligten im Einzelfall der Vorwurf einer schuldhaften Sorgfaltspflichtverletzung gemacht werden kann, ist für den Nachfrager als einen Außenstehenden regelmäßig nicht näher zu ermitteln. Der Werbetreibende ist demgegenüber Herr der absatzfördernden Organisation zu Zwecken der Vertragsanbahnung; seinem Direktionsrecht unterstehen alle mit dem Entwurf und der Durchführung der Werbung betrauten Personen. Er kann daher auch die damit verbundenen Gefahren und Risiken übersehen und gegebenenfalls alles Nötige tun, um eine Sorgfaltspflichtverletzung möglichst auszuschließen.

Eine Beweiserleichterung durch die Zulassung des Anscheinsbeweises³⁶⁷ ist der Nachfrageseite außerdem auch hinsichtlich der Schadensexistenz in bestimmten Fällen zu gewähren; es entspricht einem typischen Geschehensablauf und auch der Lebenserfahrung, daß Vermögensschäden eintreten, wenn die Nachfrageseite auf Werbeangaben wirtschaftlich in einer bestimmten Art und Weise reagiert, z.B. infolge der Anpreisung von Sonderangeboten einen bestimmten Einzelhändler aufsucht, obwohl diese Angebote dort nicht vorrätig sind.³⁶⁸ Hinsichtlich der Existenz von bestimmten Schäden mit einer spezifischen Typizität, z.B. Wegekosten, Schreib- und Telefonauslagen und sonstige Kosten der Vertragsanbahnung, ist daher dem Kläger die Führung des *prima facie*-Beweises zu eröffnen; es entspricht der ökonomischen Erfahrung, daß irreführende Werbeangaben nachfragestimulierend wirken, was seitens der Nachfrage regelmäßig mit einem für sie unnützen Einsatz von Geldmitteln verbunden ist. Das Vertrauen auf bestimmte Werbeangaben führt zu einem Schaden, weil der Werbeadressat bestimmte vermögensmindernde Ausgaben zu Zwecken der Vertragsanbahnung tätigt.

5.1.3. Verjährung

Problematisch ist auch die Frage der Verjährung des Schadensersatzanspruches aufgrund Verschuldens bei der Vertragsanbahnung; als rechtstheoretisch denkbar erscheinen insoweit sowohl die analoge Heranziehung des § 477 oder des § 852 als auch des § 195 mit der dreißigjährigen Regelverjährungsfrist für vertragliche Ansprüche.³⁶⁹ Von der Rechtsprechung wird dabei zum Teil unterschieden, ob

³⁶⁶ S. oben I.2. ff.

³⁶⁷ S. oben bei Fußn. 155; Nirk, in Festschrift für Möhring (1965), S. 417.

³⁶⁸ Vgl. dazu auch Lehmann, Lockvogelangebote und Verbraucherschutz in Deutschland, ZPV 1979, 55 ff.

³⁶⁹ Letztere Auffassung vertritt grundsätzlich die h. M. für alle Ansprüche aus c. i. c.; vgl. die zusammenfassende Darstellung des Meinungsstandes bei MünchKommB/Emmerich, vor § 275, Rdz. 182; Larenz, Schuldrecht AT, S. 100.

die Ansprüche aus c.i.c. oder aus p.F.V. wegen eines Verschuldens, das sich auf einen Fehler oder eine Eigenschaft der Kaufsache bezieht, zur Anwendung kommen oder nicht;³⁷⁰ im ersteren Fall will man die kurzen Verjährungsfristen der §§ 477 und 638 analog zur Anwendung bringen. Dies setzt bei § 463 grundsätzlich eine Trennung von Mangel- und Mangelfolgeschäden voraus; die Verjährung für Mangelschäden und Mangelfolgeschäden, die von § 463 erfaßt werden, beginnt gemäß § 477 ab Übergabe, die für gewisse andere Mangelfolgeschäden, die nur über die p.F.V. zu erfassen sind, analog § 477 ab Kenntnis des Schadenseintritts.³⁷¹

Eine derartige differenzierende Aufteilung der Verjährung für Schadensersatzansprüche aus c.i.c. aufgrund Verschuldens bei der Vertragsanbahnung ist freilich nicht möglich, denn es handelt sich dabei um Schutzpflichtverletzungen, die gleichermaßen zur Verletzung von Transaktions- und Integritätsinteressen führen können; diese sind rechtlich wertungsgleich zu behandeln.³⁷² Der Anspruch aus Verletzung von gesetzlichen Schutzpflichten steht zudem völlig eigenständig neben den vertraglichen Sachmängelgewährleistungsansprüchen,³⁷³ so daß eine analoge Heranziehung der Verjährungsregeln des Sachmängelrechts mit allen damit verbundenen häufig schwierigen Abgrenzungsproblemen nicht zwingend ist. Eine direkte Anwendung des § 477 ist auch schon deshalb abzulehnen, weil § 477 dem gesetzlichen Wortlaut nach an den Moment der ökonomischen Verschaffung (Ablieferung der Kaufsache, Besitzerräumung an der Immobilie), nicht aber an die Entdeckung der Pflichtverletzung bei der Vertragsanbahnung anknüpft. Bei längerlebigen Konsumgütern, deren Qualität und damit auch deren werbemäßige Entsprechung erst durch den zeitlich ausgedehnten Gebrauch endgültig festgestellt werden kann, könnten daher bestimmte Ansprüche wegen dieser kurzen Verjährungsfrist als nicht realisierbar erscheinen. Anders liegt allerdings der Fall, wenn man mit der Rechtsprechung des BGH zu bestimmten Ansprüchen aus p.F.V. im Kaufrecht den Verjährungsbeginn von der Entstehung eines Schadens und dessen Kenntnisnahme durch den Käufer abhängig macht.³⁷⁴

³⁷⁰ Vgl. z.B. BGHZ 57, 191 (197); OLG Celle 12. 1. 1979, BB 1979, 858; aus der älteren Rechtsprechung s. RGZ 129, 280 (281); s. auch Palandt/Heinrichs, § 195, Anm. 2, 477, Anm. 1d, dd; MünchKomm/Emmerich, vor § 275, Rdz. 182.

³⁷¹ Besonders anschaulich OLG Celle 12. 1. 1979, BB 1979, 858; s. auch oben III.7.1. bei Fußn. 6; s. unten IV. bei Fußn. 374 zur analogen Anwendung des § 477 ab Kenntnis des Schadenseintritts.

³⁷² S. oben IV.1.3. ff.

³⁷³ S. oben IV.4.2.; speziell zur Verjährung s. auch Esser/Weyers (UTB), S. 80; gleiches gilt auch für §§ 123, 124, s. unten bei Fußn. 378 und 382.

³⁷⁴ Der BGH hat in bestimmten Fällen, insbesondere bei Begleit- und Folgeschäden, den Beginn der Verjährung gemäß § 477 von der Entstehung des Schadens und dessen Kenntnisnahme seitens des Käufers bzw. Bestellers abhängig gemacht, vgl. BGH 1. 12. 1971, NJW 1972, 246; 29. 11. 1972, NJW 1973, 276; 5. 7. 1978, NJW 1978, 2241; 22. 3. 1979, JZ 1979, 569; 14. 3. 1973, NJW 1973, 843 (845): „Daß die Verjährungsfrist nicht bereits vor Entstehung des Schadensersatzanspruches ablaufen kann, liegt auf der Hand. Es spricht viel für die Annahme,

Gleichwohl soll zunächst einmal die Heranziehung des § 195 noch näher in Betracht gezogen werden. Hinsichtlich der dreißigjährigen Regelverjährungsfrist, die grundsätzlich für alle Ansprüche aus c.i.c. heranzuziehen ist,³⁷⁵ gilt es freilich zu bedenken, daß der dem Gewährleistungsrecht in weiten Teilen zugrundeliegende Gedanke einer definitiven und abschließenden Regelung innerhalb eines überschaubaren Zeitraumes dem Prinzip nach gleichermaßen auch für die Vertragsanbahnung Geltung zu beanspruchen vermag; Güteraustauschvorgänge dürfen nicht zu lange mit der Eventualität ihrer Rückabwicklung³⁷⁶ belastet sein. Außerdem bedarf es einer wertungskongruenten Abstimmung mit anderen bürgerlich-rechtlichen Ansprüchen, die ein entsprechendes Verhalten, z.B. eine vorsätzliche Täuschung bei der Vertragsanbahnung mit deliktsrechtlichen Ansprüchen sanktionieren. A maiore ad minus ist demgemäß aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 263 StGB im Hinblick auf § 852 der Rückschluß zu ziehen, daß eine längere Verjährungsfrist als drei Jahre ab Kenntniserlangung von dem Pflichtverstoß bei Vertragsanbahnung bzw. als dreißig Jahre ab Begehung desselben nicht mehr wertungskongruent sein kann.³⁷⁷ Entsprechendes gilt auch im Hinblick auf die Ausschußfrist der §§ 123, 124.³⁷⁸ Auch wenn man den Schadensersatzanspruch aus c.i.c. als einen gesetzlichen Anspruch, der funktional in gewisser Hinsicht zwischen Vertragsrecht und Deliktsrecht anzusiedeln ist, betrachtet – allerdings mit einer stärkeren Affinität zu ersterem Regelungskonzept, wenn es sich um die Beurteilung von rechtsgeschäftsähnlichen Vorgängen, wie z.B. bei der Vertragsanbahnung handelt³⁷⁹ –, erscheint die dreißigjährige Verjährungsfrist für Schutzpflichtverletzungen im vorvertraglichen Bereich unangemessen lang. Die die vorvertraglichen Ansprüche betreffenden Verjährungsfristen sollten nämlich nicht länger sein als die für vertragliche Ansprüche geltenden, wenn es sich um die Sanktion der Verletzung von Sorgfaltspflichten handelt, die gleichermaßen einem vertraglichen – etwa gemäß §§ 459ff. – wie auch einem vorvertraglichen Standard entsprechen müssen.³⁸⁰ Diese Überlegungen sowie die Notwendigkeit einer relativ beschleunigten Durchsetzung eventuell noch offenstehenden Ansprüche, die in der Vorbereitung und Durchführung von Austausch-

daß die Verjährungsfrist für derartige Ansprüche erst dann beginnt, wenn der Käufer den Eintritt des Schadens erkennen kann und in der Lage ist, seinen Schadensersatzanspruch auch in einer zur Verjährungsunterbrechung geeigneten Weise geltend zu machen.“

Vgl. auch BGH 28. 6. 1979, NJW 1979, 2036; 20. 12. 1978, NJW 1979, 645 (für Garantierklärungen).

³⁷⁵ BGHZ 57, 191 (195).

³⁷⁶ S. oben IV. bei Fußn. 344.

³⁷⁷ A.A. jedoch BGHZ 66, 51 – Gemüseblatt.

³⁷⁸ Ansprüche aus c.i.c. und das Gestaltungsrecht der Anfechtung sind strukturell verschieden und stehen daher nebeneinander, s. oben IV.4.2. bei Fußn. 310ff.

³⁷⁹ S. oben IV.1.1. und 2.

³⁸⁰ Fikentscher, S. 69; zur Haftung aus c.i.c. aufgrund der Verhinderung des Zustandekommens eines Vertragsabschlusses s. BGHZ 57, 191 (194); zur analogen Anwendung des § 196 s. Larenz, Schuldrecht AT, S. 100; zur Abstimmung der Behandlung von Schutzpflichtverletzungen s. oben IV. bei Fußn. 124ff., 129.

vorgängen ihre Wurzel haben,³⁸¹ läßt eine Abkehr von der dreißigjährigen Regelverjährungsfrist des § 195 angezeigt sein.

Für die Haftung aus c. i. c. aufgrund eines Pflichtverstoßes bei der Vertragsanbahnung ist vielmehr § 477 in analoger Anwendung heranzuziehen. Die sechsmonatige bzw. einjährige Verjährungsfrist beginnt allerdings erst ab *Kenntnis* des Vorliegens einer Sorgfaltpflichtverletzung bei der Vertragsanbahnung zu laufen. Diese Regelung erscheint nicht zuletzt wegen der teilweisen Parallelen des Anspruchs aufgrund vorvertraglichen Verschuldens zu bestimmten vertraglichen und wettbewerbsrechtlichen Ansprüchen³⁸² vertretbar und auch inhaltlich so ausgewogen, daß sie als ein Kompromiß zwischen den divergierenden Interessen von Angebots- und Nachfrageseite betrachtet werden kann. Die Angebotsseite muß nicht unangemessen lang mit der potentiellen Rückgängigmachung einer ihrer Leistungsverwertungen auf dem Markt rechnen und der Nachfrageseite bleibt, ähnlich wie bei § 124³⁸³ nach Entdeckung des Vorliegens einer schuldhaften Sorgfaltpflichtverletzung bei der Vertragsanbahnung immer noch genügend Zeit, sich über ihre Rechte zu informieren und die nötigen Maßnahmen zu treffen, um diese auch erfolversprechend durchsetzen zu können.

5.1.4. Schadensermittlung gemäß § 287 ZPO

Abschließend soll hinsichtlich des Problems der Bestimmung des Umfangs des Schadensersatzanspruchs wegen Verschuldens bei der Vertragsanbahnung noch kurz auf § 287 ZPO hingewiesen werden. Aufgrund dieser zivilprozessualen Vorschrift kann das Gericht unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung bei Schadensersatzklagen entscheiden, wie hoch in einem Schadensfall der Schaden bzw. das zu ersetzende Interesse (haftungsausfüllende Kausalität) ist.³⁸⁴ Diese Mög-

³⁸¹ Ebenso BGHZ 47, 53.

³⁸² Gemäß § 21 UWG verjährt ein wettbewerbsrechtlicher Schadensanspruch in sechs Monaten ab Kenntnis des Vorliegens eines wettbewerbswidrigen Verhaltens. Dies gilt auch für Ansprüche aus Verschulden bei der Vertragsanbahnung, wenn es nicht zum Abschluß eines Vertrages gekommen ist; es wäre nicht wertungskongruent für diesen Schadensersatzanspruch eine längere Verjährungsfrist als für den Schadensersatzanspruch, der zur Vertragsauflösung führt, zur Anwendung bringen zu wollen; der Pflichtverstoß des Werbenden ist in beiden Fällen der gleiche.

Vgl. in diesem Zusammenhang auch Kreuzer, JZ 1976, 781.

³⁸³ Als vertretbar kann allerdings auch eine analoge Anwendung des § 124 zumindest in den Fällen betrachtet werden, in welchen der Schadensersatzanspruch aus c. i. c. zur Rückabwicklung des Austauschverhältnisses führt; s. oben bei Fußn. 344; vgl. dazu auch Schumacher, R., Vertragsaufhebung wegen fahrlässiger Irreführung unerfahrener Vertragspartner, S. 23 ff., 31 ff. Wertungsmäßig steht allerdings eine vorvertragliche Sorgfaltpflichtverletzung der Sachmängelhaftung näher als der Arglistanfechtung.

³⁸⁴ Dies gilt für alle vermögensrechtlichen Schadensersatzansprüche, gleich ob sie rechtsgeschäftlicher oder gesetzlicher Natur sind; vgl. Thomas-Putzo, ZPO, § 287 Anm. 1a; Rosenberg/Schwab, Zivilprozeßrecht, 11. Aufl., S. 596 f.; für den konkreten Haftungsgrund selbst (haftungsbegründenden Umstand) ist ein Beweis i. S. des § 286 ZPO nötig; eine Schätzung gemäß § 287 ZPO ist ausgeschlossen.

lichkeit der richterlichen Schadensschätzung hat zur Folge, daß der Kläger nicht wie sonst die betragsmäßige Höhe seines Vermögensschadens genau substantiiert vorzutragen hat, sondern nur bestimmte Anhaltspunkte für die Ausübung des richterlichen Ermessens gemäß § 287 ZPO darlegen muß. Gemäß § 287 Abs. 1 Satz 3 ZPO kann das Gericht auch den Kläger über die Höhe des Schadens vernehmen und diese Schätzungsvernehmung zur Grundlage seiner Entscheidung machen.³⁸⁵

§ 287 ZPO kann außerdem in analoger Anwendung auch für die Frage der haftungsbegründenden Kausalität zwischen dem anspruchsbegründenden Ereignis, etwa der vorvertraglichen Pflichtverletzung, und der Schadensfolge, z. B. der Entstehung von unnützen Kosten zur Vertragsvorbereitung auf der Nachfrageseite herangezogen werden.³⁸⁶ Diese Beweiserleichterung kann insbesondere dann für den Kläger nützlich sein, wenn es trotz des Vorliegens einer Schutzpflichtverletzung bei der Vertragsanbahnung seitens des Werbenden nicht zu einem Vertragsabschluß gekommen ist. Eine Beweiserhebung über den Eintritt eines Schadens in Form der unnützen Ausgaben der Nachfrageseite zu Zwecken der Vertragsvorbereitung kann hier besonders häufig einen unverhältnismäßig großen Aufwand erfordern, so daß deswegen eine richterliche Schadensschätzung gemäß § 287 ZPO angezeigt ist.³⁸⁷

Dies bedeutet, daß, auch zivilprozessual betrachtet, somit die Anerkennung eines Schadensersatzanspruchs als Sanktion auf vorvertragliche Sorgfaltspflichtverletzungen wesentlich weitergehende Rechtsdurchsetzungsmöglichkeiten als z. B. das Gewährleistungsrecht des BGB bietet.

5.2. Einzelheiten zum Ersatz des Vertrauensschadens

Trotz der prinzipiellen Klärung der Rechtsnatur des Schadensersatzanspruchs, mit welchem eine schuldhafte Sorgfaltspflichtverletzung bei der Vertragsanbahnung zu sanktionieren ist,³⁸⁸ sind noch eine Reihe von damit zusammenhängenden Einzelfragen näher zu erörtern, die den Umfang und die Modalitäten des Ersatzes des Vertrauensschadens betreffen. Zurückkommend auf den Grundgedanken des Ersatzes des Vertrauensschadens als zivilrechtliche Sanktion für vorvertragliche Sorgfaltspflichtverletzungen gemäß dem Haftungssystem der c. i. c.,³⁸⁹ sollen im folgenden die unterschiedlichen Modalitäten des Ersatzes des negativen Interesses näher erörtert und im Hinblick auf ihre Praktikabilität zur adäquaten Regelung von Konflikten bei der Vertragsanbahnung untersucht werden. Der Ersatz des negativen Interesses aufgrund von Verstößen durch vorvertragliche Erklärungen zu Werbezwecken führt dazu, daß der Werbeadressat vermögensmäßig so zu stellen ist, als hätte er die zu beanstandende Werbebotschaft nie vernommen; es bedarf daher einer

³⁸⁵ Thomas-Putzo, § 287, Anm. 3 c.

³⁸⁶ Zöller, Zivilprozeßordnung, 12. Aufl., § 287, Anm. 3.

³⁸⁷ Zöller, § 287, Anm. I.

³⁸⁸ S. oben IV. Fußn. 341 ff.

³⁸⁹ S. oben IV. Fußn. 195 ff., 340 ff.

hypothetischen Betrachtung, die alle adäquat kausal durch die Werbebotschaft bedingten Vermögensaufwendungen des Nachfragers ausgleicht. Dieser muß wirtschaftlich so gestellt werden, als hätte er bestimmte Vermögensinvestitionen im Vertrauen auf die Richtigkeit und Wahrheit der Werbebotschaft unterlassen. Es geht dabei allerdings nicht nur, rein negativ betrachtet, um den ex post wirtschaftlichen Ausgleich von bestimmten Ausgaben, sondern auch um die positive Herbeiführung einer bestimmten ökonomischen Situation, die nach der Lebenserfahrung eingetreten wäre, wenn eine Berührung mit der fehlleitenden Werbebotschaft nicht stattgefunden hätte.³⁹⁰ Dies muß vom Kläger freilich konkret unter Beweis gestellt werden. Insoweit kann durch den Ersatz des negativen Interesses zumindest zum Teil der Ersatz von Opportunitätskosten erlangt werden.³⁹¹

Anders als beim Schadensersatz gemäß § 307 sowie gemäß § 122 bzw. 179,³⁹² ist jedoch bei der Haftung für c. i. c. die Höhe des Schadensersatzes nicht betragsmäßig durch die Höhe des fiktiven Erfüllungsinteresses begrenzt;³⁹³ dies auch deswegen, weil dieser Schadensersatzanspruch gleichermaßen dem Schutz des Transaktionsinteresses sowie auch des Integritätsinteresses im vorvertraglichen Bereich dient.³⁹⁴ Das erfüllungsgleiche Interesse – in keinem Fall jedoch die Erfüllung – kann im Wege des Schadensersatzes allerdings ausnahmsweise nur dann verlangt werden, wenn die vorvertragliche Sorgfaltspflichtverletzung den rechtsgültigen Abschluß eines bestimmten Vertrags verhindert³⁹⁵ oder infolge des Zustandekommens eines ex post unerwünschten Vertrags den Abschluß eines anderen, günstigeren Geschäfts ausgeschlossen hat.³⁹⁶ Nur insoweit berücksichtigt der Ersatz des negativen Interesses den Ausgleich von Opportunitätskosten.

Zwei Fallgruppen sind im Rahmen des Ersatzes des Vertrauensinteresses aufgrund fehlerhafter Vertragsanbahnungsbemühungen von vornherein zu unterscheiden: Im ersten Fall führen die Werbeangaben nicht zu einem Vertragsabschluß; im zweiten Fall geht es um die Vertragsanpassung oder Rückabwicklung eines Güteraustausches, der aufgrund des Abschlusses eines Vertrags stattgefunden hat.

5.2.1. Schadensersatz, wenn kein Vertragsabschluß zustande kommt

Hinsichtlich der Art und der Modalitäten des Schadensersatzes ist die erste Fallgruppe insoweit unproblematisch, als es immer nur um die Frage der konkreten

³⁹⁰ Vgl. dazu auch unter dem Gesichtspunkt des Ersatzes des negativen Interesses Larenz, AT, S. 340; s. auch Canaris, S. 533f.

³⁹¹ Zum Problem der Opportunitätskosten s. oben IV. Fußn. 345; III.8. bei Fußn. 125 ff.; I.4. Fußn. 114.

³⁹² Zur Abgrenzung s. oben IV. Fußn. 198 ff.

³⁹³ Besonders deutlich Fikentscher, S. 67, 193; MünchKom/Emmerich, vor § 275, Rdz. 174 ff.

³⁹⁴ Einzelheiten s. oben, Fußn. 61 ff., 101 ff.

³⁹⁵ Vgl. dazu den anschaulichen Fall BGH 29. 1. 1965, NJW 1965, 812 (814), hier hat der BGH deutlich zwischen Erfüllung und Ersatz des Erfüllungsinteresses unterschieden.

³⁹⁶ MünchKom/Emmerich, vor § 275, Rdz. 178 f.; s. oben IV. bei Fußn. 343 ff.

Höhe des Geldersatzes gemäß §§ 249, 251 gehen kann; eine Wahlmöglichkeit zwischen verschiedenen Arten des Schadensersatzes hat der Gläubiger nicht. Der Nachfrager ist keine vertraglichen Verpflichtungen eingegangen, sondern hat im Schadensfall nur im Vertrauen auf eine bestimmte Werbeaussage irgendwelche „Vertrauensinvestitionen“³⁹⁷ getätigt, d.h. Geldmittel sowie Zeit physische und psychische Energie, d.h. somit auch noch sonstige Opportunitätskosten³⁹⁸ dafür aufgewendet, um seinerseits dem Abschluß eines Kaufvertrages näherzurücken bzw. einen solchen zu ermöglichen. Schadensersatz ist hier immer in Form der Zahlung von Geld zu leisten, das die vermögensvermindernden Ausgaben ausgleichen muß. Nach bisherigem bürgerlich-rechtlichem Verständnis sind die Opportunitätskosten nicht zu ersetzen; in diese Richtung könnte sich allerdings künftig das bürgerlich-rechtliche Schadensersatzrecht noch weiterentwickeln, wenn es in Anlehnung an bestimmte Überlegungen des gewerblichen Rechtsschutzes gleichfalls eine „Abschöpfung des Verletzergewinns“ verfolgen will.³⁹⁹

Hinsichtlich der Schadensersatzhöhe kann § 287 ZPO zur Anwendung kommen,⁴⁰⁰ wobei in diesem Zusammenhang nach der Lebenserfahrung zu berücksichtigen ist, daß jedem potentiellen Käufer Kosten dadurch entstehen können, daß er sich z.B. aufgrund einer Werbeanzeige zu einem Geschäftslokal begibt, dort aber das beworbene Gut überhaupt nicht oder jedenfalls nicht so, wie in der Werbung dargestellt, vorfindet. Gleiches gilt für Telefon- oder Schreibkosten wie für sonstige unnütze Aufwendungen der Nachfrageseite, die zum Zwecke der Vertrauensanbahnung gemacht wurden. Bei dieser Fallgruppe handelt es sich somit um typischerweise betragsmäßig relativ geringfügige Schadenssummen im Einzelfall, die jedoch, volkswirtschaftlich aggregiert betrachtet, ein nicht zu vernachlässigendes Ausmaß erreichen können.⁴⁰¹ Eine gebündelte Geltendmachung derartiger Schadensersatzansprüche, die, wie jeder andere Anspruch, gemäß § 398 abgetreten werden

³⁹⁷ S. oben IV. Fußn. 279.

³⁹⁸ S. oben I.4. Fußn. 114.

³⁹⁹ Vgl. dazu Lehmann, GRUR 1977, 587 (Fußn. 55) unter Hinweis auf das GEMA-Urteil des BGH, BGHZ 17, 383; auch im Zusammenhang mit der UWG-Novelle wurde bei der Sachverständigenanhörung durch den Rechtsausschuß des Bundestags am 23. 4. 1979 das Problem der Gewinnabschöpfung diskutiert, vgl. Handelsblatt, 4./5. 5. 1979, S. 7: „Mehr Rechtsschutz auch für den Verbraucher“; SZ 28./29. 4. 1979, S. 33: „Die Werbung reinwaschen“; vgl. dazu insbesondere die Stellungnahme von Krüger-Nieland; vgl. zur Parallelentwicklung im Patentrecht Pietzcker, R., Richtlinien für die Bemessung von Schadensersatz bei der Verletzung von Patenten, GRUR Int. 1979, 343 (346): „Dem Verletzten sollte der „übliche Lizenzsatz“ bis zu seiner doppelten Höhe zugesprochen werden können . . .“. Die reine Lizenzanalogie zur Bemessung der Schadensersatzverpflichtung des Verletzers eines gewerblichen Schutzrechts reicht nicht aus, um diesen ökonomisch von künftigen Übergriffen abzuschrecken; sie belästigt ihm seinen „Verletzergewinn“. Vgl. in diesem Zusammenhang auch Vollmer, L., Wettbewerbsrechtliche Mehrerlösabschöpfung nach der UWG- und GWB-Novelle, DB 1979, 2213 ff. Man könnte erwägen, zur Abschreckung z.B. die doppelten Wegekosten als Schadensersatz zuzusprechen.

⁴⁰⁰ S. oben Fußn. 384 ff.

⁴⁰¹ S. oben I.4. Fußn. 113 ff., 116 ff.

können, könnte daher auch zu einer ökonomisch schlagkräftigen Rechtsverfolgung führen.⁴⁰²

5.2.2. Schadensersatz bei Vertragsabschluß

Wesentlich bedeutsamer in ökonomischer Hinsicht ist demgegenüber die Durchsetzung des Schadensersatzanspruchs bei der zweiten Fallgruppe, die grundsätzlich zur Freistellung des Nachfragers und Umworbenen von seinen infolge der Vertragsanbahnungsbemühungen der Angebotsseite eingegangenen vertraglichen Verpflichtungen führen kann;⁴⁰³ hier liegt auch in der Praxis der Schwerpunkt der notwendigerweise zu erweiternden Sanktionsmöglichkeiten der Haftung für c.i.c. aufgrund Verschuldens bei der Vertragsanbahnung.⁴⁰⁴ Voraussetzung ist dafür, daß ein Nachfrager infolge der kommunikativen Erfassung und Beeinflussung durch eine Werbebotschaft einen Kaufvertrag abgeschlossen hat, den er ohne diese Marketing-Berührung überhaupt nicht oder jedenfalls nicht zu den identischen Bedingungen abgeschlossen hätte.

In diesem Fall eröffnet ihm der Schadensersatzanspruch aus c.i.c. aufgrund Verschuldens bei der Vertragsanbahnung unter Umständen eine Wahlmöglichkeit, die eine möglichst individuell interessengerechte Anspruchsdurchsetzung mit sich bringen kann. Theoretisch betrachtet kann der infolge der Sorgfaltspflichtverletzung der Angebotsseite geschädigte Nachfrager entweder die vollständige Rückabwicklung oder eine angemessene Anpassung der Vertragsbedingungen, z.B. durch Herabsetzung des Kaufpreises, begehren. Eine Wahlmöglichkeit zwischen diesen beiden Alternativen wird ihm durch die Rechtsprechung des BGH prinzipiell eröffnet;⁴⁰⁵ der Schadensersatzgläubiger kann somit ein Wahlrecht haben, ob er an dem abgeschlossenen Vertrag festhalten will oder nicht.

Begehrt er Schadensersatz im Wege der Rückabwicklung, hat diese naheliegenderweise analog § 1 d AbzG zu erfolgen.⁴⁰⁶ Bei einer Vertragsanbahnung durch irreführende Werbeangaben muß der Werbende genauso wie der Abzahlungsverkäufer damit rechnen, daß der Käufer von seinen Rechten zur Rückabwicklung eines Güteraustausches Gebrauch macht. Diese Rückgewährspflichten des Abzahlungsgesetzes sind in wesentlichen Teilen dem § 346 Satz 1 BGB nachgebildet,⁴⁰⁷ so daß der Verkäufer Zug um Zug analog §§ 346, 348 gegen die Rückgabe der Kaufsache den

⁴⁰² Vgl. dazu § 13 c der UWG-Novelle vom 29. 9. 1978, BT-Drucks. 8/2145; s. auch die Begründung, S. 19 ff.

⁴⁰³ S. oben Fußn. 344; vgl. auch Schumacher, S. 117.

⁴⁰⁴ S. oben I.4. Fußn. 118; vgl. auch Schumacher, S. 117 ff.

⁴⁰⁵ Zur Rückabwicklung s. oben Fußn. 344; zur Vertragsanpassung vgl. BGH 15. 1. 1969, BB 1969, 696; 25. 5. 1977, NJW 1977, 1536; 18. 3. 1977, NJW 1977, 1538; der Käufer muß nach neuester Rechtsprechung des BGH kein berechtigtes Interesse mehr an der Nichtrückabwicklung haben, s. unten bei Fußn. 418; vgl. zum positiven Interesse auch BGH 29. 10. 1959, NJW 1960, 237.

⁴⁰⁶ Den gleichen Weg wählt die UWG-Novelle, vgl. § 13 b Abs. 3, BR-Drucks. 226/78, vom 26. 5. 1978. Genauso wie im Abzahlungsrecht stehen sich auch hier typischerweise ein gewerblicher Anbieter und ein Letztverbraucher gegenüber.

⁴⁰⁷ Vgl. statt vieler Palandt/Putzo, § 1 d AbzG, Anm. 2.

Kaufpreis mit Zinsen, analog §§ 346, 347 Satz 3, 246 BGB, § 352 HGB zurückgeben sowie alle sonstigen, mit diesem fehlerhaften Versuch eines Güteraustausches verbundenen Auslagen und Vertragskosten diesem ersetzen muß. Vertragskosten können z.B. auch die Kosten eines Gutachtens sein, das der Käufer für sich privat anfertigen lassen mußte, um gewisse Sorgfaltspflichtverletzungen des Verkäufers bei der Vertragsanbahnung definitiv feststellen zu können.⁴⁰⁸ Nur insoweit ergibt sich eine gewisse Parallele zu den §§ 459ff., 462, 467, 346ff., sowie zu § 467 Satz 2 (Ersatz der Vertragskosten).

Der Anspruch aus c.i.c. geht jedoch weiter, wenn aufgrund des jetzt rückabzuwickelnden Güteraustausches der Abschluß eines anderen, relativ zu den nach der Rückabwicklung angebotenen ökonomischen Alternativen günstigeren Geschäftsabschlusses versäumt wurde. Nicht nur die unnötig aufgewandten Vertragskosten, sondern auch alle sonstigen, mit dieser Vertragsanbahnung und der Rückabwicklung notwendigerweise verbundenen ökonomischen Einbußen muß der Verkäufer ausgleichen. Dies gilt auch für die Verluste, die aus einem entgangenen Deckungskauf herrühren können; diese Differenz, die durch einen zwischenzeitlichen Preisanstieg bedingt sein kann, ist dem Käufer zu ersetzen.

Eine Rückabwicklung ohne jeden Wertausgleich seitens des Käufers ist analog § 1d AbzG ausgeschlossen, wenn die Rückgabe der Kaufsache durch ein Verschulden des Käufers unmöglich gemacht worden ist, d.h. wenn der Käufer den Untergang, z.B. die völlige Zerstörung oder Vernichtung⁴⁰⁹ der Kaufsache zu vertreten hat. Auch für die wesentliche Verschlechterung der Kaufsache haftet der Käufer analog gemäß § 1d AbzG. Eventuelle Schäden aufgrund von Sorgfaltspflichtverletzungen des Käufers beim Gebrauch der Kaufsache kann dieser folglich nicht einfach auf den Verkäufer rückabwälzen,⁴¹⁰ sondern es muß zu einem Wertausgleich kom-

⁴⁰⁸ In dem Fall Hans. OLG Hamburg, 25. 1. 1973, MDR 1973, 496, könnten dies z.B. die Kosten des Gutachtens sein, das die Rückstellung des Tachometers und die Unfallbeschädigung des PKW unter Beweis stellt; vgl. ebenso Staudinger/Honsell, § 467, Rdz. 24; Jauernig/Schlechtriem, § 467, 3b, cc; LG Köln, 27. 5. 1970, MDR 1970, 1010.

⁴⁰⁹ Palandt/Putzo, § 1d AbzG., Anm. 5.

⁴¹⁰ Vgl. in diesem Zusammenhang auch die Situation im Falle einer Wandlung oder Anfechtung gemäß § 123 BGB; Larenz, Schuldrecht, BT, S. 45 ff.; v. Caemmerer, „Mortuus redhibetur“, in: Festschrift für Larenz, S. 621 ff., 632; vgl. dazu auch BGHZ 53, 144; 57, 137; der BGH bejaht auch dann einen Bereicherungsanspruch auf Rückgewähr des vollen Kaufpreises, wenn die Sache vor der Anfechtung gemäß § 123 ohne Verschulden des Käufers untergegangen ist; bei einem Mitverschulden des Käufers am Untergang muß er sich dieses allerdings anspruchverkürzend auf den Bereicherungsanspruch anrechnen lassen; kritisch dazu v. Caemmerer, a.a.O., mit weiteren Literaturhinweisen; mit v. Caemmerer wird man davon ausgehen müssen, daß auch die Gefahr des zufälligen Untergangs der Kaufsache beim Käufer nicht ex post auf den Verkäufer zurückverlagert werden kann; es gilt vielmehr der Grundsatz „casum sentit dominus“. Eine Ausnahme ist allerdings davon dann zu machen, wenn es sich um einen betrügerisch aufgeschwatzten Gegenstand handelt, vgl. BGHZ 57, 137; eine vollständige Rückabwicklung ist außerdem jedoch auch dann möglich, wenn der Untergang oder die Verschlechterung der Kaufsache ihre Wurzel in dem gleichen Umstand hat, der auch zu dem Anspruch aus c.i.c. führt; vgl. v. Caemmerer, in: Festschrift für Larenz, S. 628 ff., 634. Die Einschränkungen der Rückabwicklungsmöglichkeiten von Austauschvorgängen, die im BGB

men: Der Käufer bekommt seinen Kaufpreis zurück, muß aber dem Verkäufer den Wert der untergegangenen Sache oder die Wertminderung – bei einer zu vertretenden Verschlechterung der Sache – ersetzen. Ist z. B. eine Rückabwicklung lediglich wegen des Verbrauchs der Sache, ihres zufälligen Untergangs, oder wegen ihrer Weiterveräußerung ausgeschlossen, ist dem Käufer billigerweise nur die nachträgliche Herabsetzung des Kaufpreises im Wege des Schadensersatzes zuzugestehen: Er bekommt Zug um Zug gegen die Hingabe des Wertes der verbrauchten bzw. untergegangenen oder veräußerten Sache seinen Kaufpreis wieder, d. h. der Verkäufer muß ihm als Schadensersatz den Betrag ersetzen, um den er infolge dieses Geschäftsabschlusses durch den Verkäufer übervorteilt worden ist.⁴¹¹ Auch in diesem Fall wäre eine Rückabwicklung ohne jeden Vorteilsausgleich seitens des Käufers unangemessen.

Gleiches gilt auch, wenn der Käufer vom Hersteller oder von einem sonstigen Werbetreibenden⁴¹² Schadensersatz aufgrund einer Sorgfaltspflichtverletzung bei der Vertragsanbahnung verlangen kann; der Schadensersatz zielt hier entweder vor der Durchführung des Güteraustausches auf die Freistellung von den vertraglichen Verpflichtungen gegenüber dem Verkäufer oder nach Durchführung des Güteraustausches auf die Rückabwicklung Zug um Zug im Verhältnis Werbetreibender und Käufer ab. Auch in diesem Verhältnis gelten die gleichen rechtlichen Einschränkungen für die Durchführung einer Rückabwicklung ohne Wertausgleich wie zwischen Verkäufer und Käufer,⁴¹³ denn der Käufer hat gegenüber dem Werbetreibenden, der mit seinen Bemühungen zur Vertragsanbahnung die Nachfrageseite zu informieren und zu beeinflussen versucht, die gleiche Sachgefahr, wie gegenüber seinem Verkäufer zu tragen. Auch gegenüber einem Hersteller, der in seiner Sprungwerbung irreführende Werbeangaben verwendet, kann eine Sorgfaltspflichtverletzung bei der Vertragsanbahnung nicht dazu benutzt werden, daß der Käufer sich auf dessen Kosten, z. B. nach einem selbstverschuldeten Unfall, „ein neues Auto kaufen kann“.⁴¹⁴ Die typischen, mit dem Erwerb einer Sache verbundenen Risiken müssen vom Käufer selbst getragen werden, ohne daß es zu einer Rückabwälzung auf den Verkäufer oder werbenden Hersteller kommen kann; in diesen Fällen kann eine Sorgfaltspflichtverletzung bei der Vertragsanbahnung nicht zur Rückabwicklung

gleichermaßen im Sachmängel-, Bereicherungs- und Deliktsrecht Geltung haben, vgl. v. Caemmerer, in: Festschrift für Larenz, S. 642, müssen auch bei Ansprüchen aus c. i. c. entsprechend berücksichtigt werden.

Zur Rückabwicklung nach Anfechtung gemäß § 119 vgl. auch BGH 26. 10. 1978, WM 1979, 54; kritisch dazu Flume, *Eigenschaftsirrtum und Sachmängelhaftung beim Spezieskauf*, DB 1979, 1637ff.; vgl. dazu auch v. Caemmerer, in: Festschrift für Larenz, S. 634ff.; vgl. auch BGH 9. 10. 1980, SZ 1981, 62.

⁴¹¹ Vgl. auch v. Caemmerer, in: Festschrift für Larenz, S. 632ff., 642; es geht dann nur um den Ausgleich der Übervorteilung.

⁴¹² S. oben IV. Fußn. 255ff.

⁴¹³ S. oben IV. Fußn. 410.

⁴¹⁴ Vgl. dazu im Verhältnis Verkäufer-Käufer Huber, U., *Der Unfall des betrogenen Gebrauchtwagenkäufer* – BGHZ 57, 137, JuS 1972, 439 (444); v. Caemmerer, in: Festschrift für Larenz, S. 642.

von Gütertauschvorgängen, sondern nur zum Wertausgleich einer eventuell gegebenen Übervorteilung führen; auch zur Bemessung der Höhe dieses Schadensersatzes kann § 287 ZPO herangezogen werden.⁴¹⁵

Will der Käufer demgegenüber z. B. aus berechtigten wirtschaftlichen Gründen am Vertrag festhalten, kann er nach der Rechtsprechung des BGH unter dem Gesichtspunkt des Verschuldens bei Vertragsschluß den Betrag als erstattungsfähigen Schaden verlangen, um den er die Kaufsache infolge der Sorgfaltspflichtverletzung bei der Vertragsanbahnung zu teuer gekauft hat. Dies hat der BGH ausdrücklich beim Kauf eines Unternehmens⁴¹⁶ sowie auch im Zusammenhang mit dem Kauf von gebrauchten Maschinen⁴¹⁷ bestätigt, ohne daß er zum Ausdruck gebracht hätte, daß es sich dabei um Sonderfälle⁴¹⁸ handelt; der BGH stellt nicht mehr auf das Vorliegen eines berechtigten wirtschaftlichen Interesses ab. Immer dann, wenn der Käufer ein Interesse an der Nichtrückabwicklung, d. h. an der prinzipiellen Aufrechterhaltung des wirtschaftlichen Ergebnisses eines Gütertauschvorgangs z. B. aufgrund wirtschaftlicher Überlegungen hat,⁴¹⁹ wird er diese Form des Schadensersatzes wegen c. i. c., die eine gewisse Parallele zur Minderung gemäß §§ 462, 472 darstellt, wählen können; seine Gegenleistung in Geld ist, ähnlich wie bei bestimmten Fällen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage bzw. wie bei § 315 Abs. 3 Satz 2, entsprechend anzupassen und herabzusetzen. Der Käufer ist so zu stellen, als hätte er die erhaltene Kaufsache ohne die fälschlicherweise beworbenen Eigenschaften oder Funktionen zu einem marktüblichen Preis gekauft. Die Differenz zwischen diesem Preis und dem tatsächlich gezahlten Kaufpreis kann der Käufer als Schadensersatz verlangen.

Diese Art der Schadensberechnung ist allerdings davon zu unterscheiden, daß auch im Fall einer Minderung gemäß §§ 459, 462, 472 aus dem Gesichtspunkt der

⁴¹⁵ S. oben Fußn. 384 ff.; vgl. dazu auch im Rahmen des § 1 d AbzG Palandt/Putzo, § 1 d AbzG Anm. 5 c.

⁴¹⁶ BGH 18. 3. 1977, NJW 1977, 1538; 25. 5. 1977, NJW 1977, 1536 (1538): „In einem solchen Fall muß der am Vertrag festhaltende Käufer, soll der Schaden überhaupt sinnvoll erfaßbar sein, so behandelt werden, als wäre es ihm bei Kenntnis der wahren Sachlage gelungen, den Kaufvertrag zu einem günstigeren Kaufpreis abzuschließen, ohne daß es auf den – hypothetischen und ohnehin kaum zu führenden – Nachweis ankommt, ob auch der Verkäufer sich damals mit einem Vertragsschluß unter diesen Bedingungen einverstanden erklärt hätte. Schaden ist also hier der Betrag, um den die Klägerin im enttäuschten Vertrauen auf die Richtigkeit der Bilanzangaben des Beklagten dessen Anteile an der KG überhöht gekauft hat. Daß sich auch die Klägerin diese Berechnungsart – unbeschadet der Frage, ob sie vor Erlaß des angefochtenen Urteils in den Tatsacheninstanzen erörtert worden ist – zumindest hilfsweise zu eigen gemacht hat, läßt ihr Vorbringen in der Revisionsinstanz erkennen.“

⁴¹⁷ BGH 15. 1. 1969, BB 1969, 696; hier verlangte der BGH jedoch den Nachweis, daß der Kauf mit dem Vertragspartner, wenn dieser sich redlich verhalten hätte, zu bestimmten günstigeren Bedingungen zustande gekommen wäre.

⁴¹⁸ Die gleiche Ansicht wird auch in der Begründung zur UWG-Novelle zum Ausdruck gebracht, vgl. BR-Drucks. 226/78, S. 21; diese Auffassung hat der BGH jetzt selbst bestätigt, vgl. BGH 2. 6. 1980, SZ 1980, 611 (612).

⁴¹⁹ In dem Fall BGH 25. 5. 1977, NJW 1977, 1536, hatte der Käufer das erworbene Unternehmen bereits weitgehend in seinen sonstigen Geschäftsbetrieb eingegliedert und mit einer besseren Kapitalausstattung („Geldspritzen“) versehen.

c.i.c. zusätzlich die Minderungskosten vom Verkäufer zu tragen sind, wenn diese Kaufpreisherabsetzung neben einem Sachmangel zugleich auch auf einer Sorgfaltspflichtverletzung bei der Vertragsanbahnung beruht. Dies ist z.B. dann der Fall, wenn der Verkäufer fälschlicherweise bestimmte Zusicherungen gemacht hat und einen PKW mit einem „Austauschmotor“ verkauft, obwohl es sich in Wahrheit nur um einen generalüberholten Motor handelt; die zur Feststellung dieser Tatsache notwendig werdenden Gutachterkosten müssen vom Verkäufer ersetzt werden.⁴²⁰ Diese Schadensersatzpflicht kann dadurch begründet werden, daß genauso wie bei der Wandlung gemäß § 467 Satz 2 auch bei der Minderung die Vertragskosten dem Käufer zu ersetzen sind; ein diesbezüglich legitimerweise differenzierender Ansatzpunkt zwischen der Durchführung der Wandlung im Gegensatz zur Minderung ist nicht ersichtlich.

5.2.3. Die Probe aufs Exempel

Im Anschluß an diese Erörterungen zu den verschiedenen Modalitäten des Ersatzes des Vertrauensschadens aufgrund von Sorgfaltspflichtverletzungen bei der Vertragsanbahnung soll abschließend noch anhand einiger bereits vorab dargestellter Beispielsfälle aus der Praxis⁴²¹ die bürgerlich-rechtliche Praktikabilität der Haftung für Werbeangaben im konkreten Einzelfall näher untersucht werden; es geht um eine Probe aufs Exempel.

Im ersten Fall,⁴²² einer Preistäuschung über eine beschädigte Waschmaschine durch eine Werbeanzeige, kann der Käufer infolge dieser Sorgfaltspflichtverletzung aus c.i.c. vom Verkäufer entweder die Entrichtung der Differenzsumme zwischen dem bezahlten Kaufpreis und dem sonst für derartige Waren üblichen Preis, d.h. wirtschaftlich betrachtet die Herabsetzung des Kaufpreises, oder die vollständige Rückabwicklung des Austauschverhältnisses verbunden mit einem Wertausgleich verlangen; im Zuge des Ersatzes des negativen Interesses kann er außerdem die Erstattung aller ihm mit der Anbahnung und Durchführung dieses Vertrags entstandenen Kosten begehren. Ist im Fall der Rückabwicklung der Preis für derartige Maschinen zwischenzeitlich gestiegen, so ist auch diese Differenz dem Käufer zu entrichten; dieser Teil seiner Opportunitätskosten wird ihm nach allgemeiner Rechtsauffassung über das negative Interesse ersetzt.⁴²³ Die Wertminderung der Kaufsache ist gemäß § 1d AbzG bei dem Schadensersatzanspruch des Käufers in Anrechnung zu bringen.

Auch im zweiten Fall, der Werbung mit unrichtigen DIN-Angaben in einem Werbeprospekt für ein Stereo-Gerät,⁴²⁴ hat der Käufer aufgrund der Haftung des

⁴²⁰ LG Köln 27. 5. 1970, MDR 1970, 1010.

⁴²¹ S. oben I.4.3. ff. sowie III.8.2. ff.

⁴²² S. oben I.4.3.1. sowie III.8.2.4. ff.

⁴²³ Larenz, Schuldrecht AT, S. 96 ff.; Fikentscher, S. 67 f.; Lehmann/Hübner, S. 270; s. oben Fußn. 345.

Allgemein zum Problem der Opportunitätskosten s. oben I.4. bei Fußn. 114.

⁴²⁴ S. oben I.4.3.2. sowie III.8.2.4. ff. bei Fußn. 107 ff.

Herstellers wegen Verschuldens bei der Vertragsanbahnung aus c.i.c. die gleichen Rechte wie in dem zuvorbesprochenen Fall entweder direkt diesem gegenüber, oder, wenn der Händler sich die Werbeangaben durch die Verteilung von oder durch Hinweise auf das betreffende Prospektmaterial zu eigen gemacht hat, auch seinem Verkäufer auf der Handelsebene gegenüber; in beiden Fällen muß der Ersatz des Vertrauensschadens die Übervorteilung des Käufers im Weg des Geldersatzes wiedergutmachen oder zu einer Rückabwicklung des Güteraustausches führen.

Im dritten Fall, der Verleitung zu einer Kapitalanlage in Silberbarren durch die falsche Berühmung eines Sammlerwertes in Werbeangaben,⁴²⁵ muß im Weg der Rückabwicklung der Kaufpreis zuzüglich von Zinsen, die der Höhe nach einer vergleichbaren Anlage, z.B. der Wertsteigerung einer Anlage in Münzen, entsprechen, zurückgewährt werden. Die Entrichtung des negativen Interesses muß den Käufer vermögensmäßig so stellen, als hätte er seine Investition auf einem anderen, in etwa entsprechenden Gebiet getätigt; insofern erhält der Käufer zumindest diesen Teil seiner ihm entstandenen Opportunitätskosten ersetzt.

Im Fall des Verkaufs von in der Werbung als „tropffrei“ angepriesenen Weihnachtskerzen⁴²⁶ muß der Hersteller wegen seiner unrichtigen Produktangaben auf der Verpackung dem Käufer nicht nur den Kaufpreis abzüglich eines Wertausgleichs für den Verbrauch, sondern auch die Kosten für die Beseitigung der Folgeschäden, z.B. der Rußschäden oder der Reinigung des vertropften Teppichs, bezahlen. Der Käufer ist folglich hinsichtlich dieser Schäden so zu stellen, als hätte er diese Kerzen nicht gekauft.

Gleiches gilt auch im Fall der Werbung für den „benzinsparenden Zündverstärker“;⁴²⁷ Zug um Zug gegen die Herausgabe der Kaufsache muß der Hersteller dem Käufer den Kaufpreis und die Ein- und Ausbaukosten erstatten. Gleiches gilt auch für den Verkäufer, wenn dieser die Funktionslosigkeit dieses Motorenaggregats kannte oder kennen mußte.

In allen diesen Fällen geht infolge der Bejahung einer zivilrechtlichen Haftung für vertragsanbahnende Werbeerklärungen, entsprechend den Grundsätzen der Haftung für c.i.c., der Käufer nicht rechtlich und ökonomisch völlig leer aus, weil er durch eine Sorgfaltspflichtverletzung der Angebotsseite zum Abschluß eines ex post unerwünschten Kaufvertrages oder zu sonstigen vermögensmindernden Ausgaben veranlaßt worden ist. Ihm wird bürgerlich-rechtlich die Möglichkeit eröffnet, im Weg des Schadensersatzes seine dadurch verletzten Vermögensinteressen selbst zu verfolgen und eine Wiedergutmachung anzustreben. Die Angebotsseite, die entweder auf der Hersteller- und bzw. oder Handelsebene durch eine schuldhaftige Sorgfaltspflichtverletzung diesen ökonomischen Fehllauf in der Güterversorgung bedingt hat, wird aufgrund der ökonomischen Einbußen, die mit der sie treffenden Schadensersatzpflicht verbunden sind, dazu angehalten, sich künftig bei der Anbah-

⁴²⁵ S. oben I.4.3.3. sowie III.8.2.4. ff. bei Fußn. 114 ff.

⁴²⁶ S. oben III.7.2.1. und III.8.2.4. ff. bei Fußn. 117 ff.

⁴²⁷ S. oben III.8.2.4. am Ende bei Fußn. 118.

nung von Verträgen sorgfältiger und loyaler gegenüber ihren potentiellen Vertragspartnern zu verhalten. Dadurch kann ein höherer Grad rationaler Steuerung des ökonomischen Flusses und der Verwendung von knappen Ressourcen erreicht werden, der eine Reduzierung der Verschwendung von Transaktionskosten mit sich bringt.

6. Voraussetzungen und Funktion der Haftung für vertragsanbahnende Erklärungen.

Zugleich eine Zusammenfassung zum IV. Kapitel

In einer modernen Industriegesellschaft dürfen Werbemaßnahmen zu Zwecken der Vertragsanbahnung sich nicht nur an den Interessen der Angebotsseite ausrichten; jede vertragsanbahnende Erklärung muß auch den Interessen der Nachfrageseite Rechnung tragen und als eine Art „vorvertraglicher Kundendienst“ betrachtet werden.⁴²⁸ Ökonomisch begründen läßt sich diese Forderung zum einen durch das wirtschaftstheoretische Leitbild der Konsumentensouveränität und zum anderen dadurch, daß die Nachfrageseite alle Vertragsanbahnungsbemühungen der Angebotsseite im Endeffekt bezahlen muß: Jeder Kaufpreis, den ein Nachfrager dem Verkäufer für eine Ware entrichtet, enthält einen Beitrag zur Deckung der allgemeinen Produktionsnebenkosten und Handelsbetriebskosten; auch die Werbung muß folglich von der Nachfrageseite bezahlt werden.

Aus dieser ökonomischen Sonderbeziehung folgt für das Bürgerliche Recht, daß mit dem durch das Grundrecht der Meinungsfreiheit⁴²⁹ und dem zivilrechtlichen Gedanken der Privatautonomie gesicherten Gestaltungsfreiraum der Anbieter bei der Vertragsanbahnung eine entsprechende Verantwortung verbunden ist. Die weitestreckte Handlungsfreiheit der Angebotsseite ist gegenüber dem typischerweise wirtschaftlich schwächeren und unerfahreneren Verbraucher mit einer entsprechenden zivilrechtlichen Verantwortung belastet. Der vorvertragliche Bereich der Vertragsanbahnung von Kaufgeschäften darf vom Bürgerlichen Recht nicht vernachlässigt oder nur unzureichend, etwa lediglich durch Anfechtungs- oder Gewährleistungsvorschriften geregelt werden; dazu hat Werbung und Marketing eine zu große ökonomische Bedeutung erlangt. Rechtstatsächliche Untersuchungen haben ergeben, daß durch irreführende Werbeangaben der Nachfrageseite erhebliche Schäden entstehen, ohne daß bislang eine ausreichende Möglichkeit besteht, vom schuldhaft handelnden Schadensverursacher Schadensersatz zu erlangen.

Ebenso wie der Nachfrager vor gefährlichen Produkten durch die Produzenten-

⁴²⁸ Vgl. dazu als gesetzliche Vorschrift Art. 10 des spanischen Estatuto de la Publicidad vom 11. 6. 1964, wonach die Werbung „La publicidad, como servicio dirigido a los consumidores ...“ der Befriedigung der Verbraucherbedürfnisse dienen muß, s. auch De la Cuesta Rute, J.M. *Regimen jurídico de la publicidad*, S. 33.

⁴²⁹ Lerche, *Werbung und Verfassung*, S. 72 ff.

haftung und vor ihn unangemessen benachteiligenden vorformulierten Vertragsbestimmungen durch das AGB-Gesetz privatrechtlich besonders geschützt werden muß,⁴³⁰ ist ihm ein adäquater bürgerlich-rechtlicher Schutz im Fall einer schuldhaften Schädigung durch Maßnahmen der Wirtschaftswerbung zu gewähren. Rechtsdogmatisch bedarf es dazu weder der Neuentwicklung bürgerlich-rechtlicher Haftungskonstruktionen noch der Heranziehung „blutleerer Fiktionen“,⁴³¹ sondern nur der Anpassung und Konkretisierung des in Ergänzung des geschriebenen Rechts von Lehre und Rechtsprechung vor geraumer Zeit entdeckten gesetzlichen Schutzverhältnisses der Haftung für schuldhafte Sorgfaltspflichtverletzungen im Rahmen von Vertragsverhandlungen oder ähnlicher Beziehungen. Es handelt sich um einen Tatbestand der negativen Vertrauenshaftung, um eine Erscheinungsform der bürgerlichen Erklärungshaftung⁴³² für vertragsanbahnende Erklärungen.

Erste Voraussetzung für diesen Schadensersatzanspruch aus vorvertraglichem Verschulden (*culpa in contrahendo*) ist, daß der Anspruchsverpflichtete einen besonderen Vertrauenstatbestand im Blick auf eine geschäftliche Beziehung schafft, z.B. durch eine Erklärung, die die Angebotsseite zu Zwecken der Vertragsanbahnung gegenüber der Nachfrageseite abgibt. Typischerweise ist dies eine Werbeerklärung oder eine sonstige Maßnahme des Marketing, die den Werbeadressaten zum Abschluß eines Kaufvertrags motivieren soll.⁴³³ Diese vertragsanbahnende Erklärung muß aufgrund einer schuldhaften Sorgfaltspflichtverletzung eines auf der Angebotsseite an der Werbung Beteiligten den Werbeadressaten zu einer vermögensmindernden Vertrauensinvestition verleiten, die für diesen einen Schaden darstellt. Dabei ist zu beachten, daß eine vorvertragliche Sorgfaltspflichtverletzung nur dann zu einem Schadensersatzanspruch führen kann, wenn der Werbeadressat der Werbebotschaft tatsächlich ein entsprechendes Vertrauen entgegengebracht hat;⁴³⁴ als Haftungsgrundlage ausscheiden werden daher regelmäßig alle nicht ernst zu nehmenden Werbeangaben, die den Stempel der Nichternstlichkeit geradezu auf ihrer Stirn tragen, wie z.B. bestimmte reklamehafte Übertreibungen oder gewisse Formen der Marktschreierei.⁴³⁵

⁴³⁰ So. oben II.1. ff.

⁴³¹ Lorenz, in: Festschrift für Larenz, S. 618; vgl. auch Honsell, JuS 1976, 621: „Konstruktion einer Vertragshaftung, vor allem durch die Fiktion eines stillschweigend geschlossenen Vertrages und ähnlicher Kunstgriffe“; aus der Rechtsprechung vgl. dazu insbesondere BGH 31. 1. 1962, NJW 1962, 1196 (Sägemaschine); s. oben III.7.1.7. bei Fußn. 60 ff.

⁴³² Vgl. insbesondere Canaris, Vertrauenshaftung, S. 532 ff.; Lorenz, in: Festschrift für Larenz, S. 618 f.; vgl. auch Honsell, JuS 1976, 624; Hohloch, NJW 1979, 2369 ff.; Bohrer, S. 325 ff.

⁴³³ Derartige Werbemaßnahmen sind immer von „Fachleuten“ konzipiert und können daher auch als „berufseinschlägige Auskünfte“ charakterisiert werden; vgl. zu diesem Kriterium im Rahmen der Auskunftshaftung Lorenz, in: Festschrift für Larenz, S. 618 f.; der Werbeadressat auf der Nachfrageseite steht immer als Laie den berufsmäßig handelnden Werbetreibenden gegenüber; zur Bedeutung dieses Verhältnisses zwischen Fachmann und Laien s. oben Fußn. 251 ff.; s. auch oben I.2. ff.

⁴³⁴ Lorenz, in: Festschrift für Larenz, S. 519; vgl. auch Bohrer, S. 296 ff., 323 ff., 328.

⁴³⁵ S. oben IV. Fußn. 193.

Ein *Prüfungsschema* der Haftung für Verschulden bei der Vertragsanbahnung muß also folgende Kriterien umfassen: Existenz einer geschäftlichen Beziehung zu Zwecken der Vertragsanbahnung zwischen der Angebots- und der Nachfrageseite;⁴³⁶ Übermittlung einer Werbebotschaft;⁴³⁷ eine schuldhafte Sorgfaltspflichtverletzung eines an der Werbung Beteiligten; Veranlassung einer vermögensmindernden Vertrauensinvestition eines Nachfragers, die für diesen einen Schaden darstellt.

Sind diese Voraussetzungen erfüllt, kann der Werbeadressat, der aufgrund seines Vertrauens auf bestimmte Werbeangaben einen Schaden erlitten hat, einen Schadensersatzanspruch wegen vorvertraglichen Verschuldens (*culpa in contrahendo*) gegen den werbenden Hersteller oder Händler geltend machen. Dieser Schadensersatzanspruch ist in das vertragliche Haftungssystem des BGB einzuordnen, so daß insbesondere die Vorschriften der §§ 278, 282 in Analogie zur Anwendung kommen. Es geht um die Wiedergutmachung eines Schadens, der anlässlich der Vorbereitung von freiwilligen Güteraustauschvorgängen eingetreten ist. Die Haftung ist deshalb zum Bereich der Sanktionierung von Sorgfaltspflichtverletzungen zu rechnen, die eng mit einem ökonomischen Transaktionsvorgang zusammenhängen; ihre Regelung ist am Modell der vertraglichen bzw. quasi-vertraglichen Haftung auszurichten.⁴³⁸

Nach Art eines *Leitsatzes* könnte man formulieren: Wer im Rahmen einer vorvertraglichen Beziehung zu Zwecken der Vertragsanbahnung durch eine schuldhafte Sorgfaltspflichtverletzung einen anderen schädigt, ist zum Ersatz des negativen Interesses (Vertrauensschadens) verpflichtet. Dieses Prinzip der Sanktionierung von Sorgfaltspflichtverletzungen durch Schadensersatzansprüche, das die Regelung der vertraglichen Schuldverhältnisse im BGB gleichsam wie ein roter Faden durchzieht⁴³⁹ und in den ungeschriebenen Rechtsinstituten der *c.i.c.* und der *p.F.V.* besonders deutlich seine Ausprägung gefunden hat,⁴⁴⁰ beruht auf der Voraussetzung, daß im Rahmen von vorvertraglichen Beziehungen strengere Sorgfaltspflichten als im sonstigen Verkehr gelten sollen. Hier liegt der Grund für die unterschiedliche Sanktionierung von Sorgfaltspflichtverletzungen einerseits im Vertragsrecht und andererseits im Deliktsrecht. Deshalb bedarf es der alten, im Rahmen der Diskussion über den Rechtsgrund der Haftung für *c.i.c.* immer wieder auftauchenden Vertragsabschlußtheorie⁴⁴¹ zur Konstruktion dieser Haftung nicht.

Für die Haftung aufgrund von Sorgfaltspflichtverletzungen bei der Vertragsanbahnung ist nicht entscheidend, ob es zu einem Vertragsabschluß gekommen ist oder nicht – davon hängt nur ab, ob als Schadensersatz das negative oder das posi-

⁴³⁶ S. oben IV.1.4. sowie I.1. (Feld A): Kontakt mit einer Werbebotschaft.

⁴³⁷ Im Fall einer werbemäßig unter anderem auch an den Endverbraucher gerichteten „Garantieerklärung“ eines Herstellers kann sogar eine vertragliche Haftung unter dem Gesichtspunkt des Vertrags zugunsten eines Dritten gemäß § 328 eingreifen; vgl. BGH 28. 6.1979, NJW 1979, 2036.

⁴³⁸ Vgl. dazu auch Bohrer, S. 331 ff.

⁴³⁹ Grundlegend dazu Canaris, JZ 1965, 475 ff.; vgl. auch ders., Vertrauenshaftung, S. 542 ff.

⁴⁴⁰ S. oben IV.1.3.5.

⁴⁴¹ S. oben IV. bei Fußn. 4, 23.

ve Interesse zu leisten ist –, sondern vielmehr die Feststellung, daß überhaupt eine vorvertragliche Beziehung vorliegt. Eine juristische Kontrolle durch die Beurteilung von Sorgfaltspflichtverletzungen ist aufgrund des ökonomischen Erfordernisses der angemessenen Berücksichtigung der Interessen des geschäftlichen Verkehrs⁴⁴² auch schon im vorvertraglichen Stadium der Vertragsanbahnung notwendig. Es geht um den Schutz einer allgemeinen Redlichkeitserwartung, den die Rechtsordnung gewähren muß, weil ohne ihn ein „reibungsloser, nicht durch ständiges Mißtrauen gehemmter Geschäftsverkehr“, wie K. Larenz formuliert hat, nicht möglich ist.⁴⁴³ Jedes sich am Geschäftsverkehr beteiligende Wirtschaftssubjekt muß in einer dem archaisch-primitiven Stadium entwachsenen Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung sich darauf verlassen können, daß es mit einem redlich denkenden, sich fair und loyal verhaltenden Geschäftspartner zu tun hat; dies gilt gleichermaßen für den Schutz des Integritätsinteresses („status quo“) wie für den Schutz des Transaktionsinteresses („status ad quem“).⁴⁴⁴ Ökonomische Güteraustauschvorgänge dürfen nicht durch unnötige Transaktionskosten infolge von Irreführungen oder sonstigen schuldhaften Sorgfaltspflichtverletzungen bei der Vertragsanbahnung belastet werden. Diese Überlegung gilt nicht erst vom Moment des rechtswirksamen Zustandekommens eines Vertrages an, sondern schon ab dem ersten geschäftlichen Kontakt.

Die Haftung für schuldhafte Sorgfaltspflichtverletzungen bei der Vertragsanbahnung steht neben einer eventuellen vertraglichen Haftung, insbesondere der bürgerlich-rechtlichen Haftung wegen Leistungsstörungen und Sachmängeln gemäß §§ 459 ff.; sie beruht auf der Verletzung eines ungeschriebenen gesetzlichen Schutzverhältnisses. Der Schutz vor Verletzungen des Integritätsinteresses bei Anbahnung und Durchführung von Transaktionen ist von den Vätern des BGB im Vertragsrecht übergangen worden; man hat sich im wesentlichen auf die Regelung von Transaktionsvorgängen konzentriert.⁴⁴⁵ Aufgrund rechtsdogmatischer und ökonomischer Überlegungen ist im Rahmen von geschäftlichen Beziehungen die Verletzung von Integritätsinteressen jedoch genauso wie die Verletzung von Transaktionsinteressen zu sanktionieren; schuldhafte Sorgfaltspflichtverletzungen bei der Vertragsanbahnung führen in beiden Fällen zu einer Pflicht zum Ersatz des negativen Interesses.⁴⁴⁶

Besteht hinsichtlich der Existenz einer derartigen Haftung Einigkeit, kann es sich nur noch um Differenzierungen im Hinblick auf bestimmte Fallgruppen handeln,

⁴⁴² Vgl. dazu schon v. Jhering, s. oben Fußn. 24 sowie Fußn. 45 ff. Vgl. zur identischen Rechtsentwicklung in den USA Kessler, F., Der Schutz des Vertrauens bei Vertragsverhandlungen in der neueren amerikanischen Rechtsprechung, in: Festschrift für v. Caemmerer 1978, S. 873 ff., 876: „In den letzten zwei Jahrzehnten, wenn nicht schon früher, ist in Rechtsprechung und Literatur die Frage immer wieder aufgetaucht, ob nicht der Schutz gegen unredliches Verhalten bei Vertragsverhandlungen stärkere Beachtung verdiene, d. h., ob nicht die von der klassischen Tradition gemachte Unterscheidung zwischen Vertrag und unverbindlichen Vertragsverhandlungen noch unseren modernen Bedürfnissen entsprechen.“

⁴⁴³ S. oben IV. Fußn. 46 ff., 53.

⁴⁴⁴ S. oben IV. Fußn. 61 ff.

⁴⁴⁵ S. oben IV. 1.3. ff.

⁴⁴⁶ Canaris, Vertrauenshaftung, S. 532 ff.

wenn in der Literatur in diesem Zusammenhang von einer „Erklärungshaftung zum Zwecke des negativen Vertrauensschutzes“,⁴⁴⁷ einer „Auskunftshaftung“,⁴⁴⁸ oder einer „Vertrauenshaftung des Dispositionsgaranten“⁴⁴⁹ gesprochen wird. In unserem Fall geht es um die Frage des zivilrechtlichen Einstehenmüssens für das in der Werbung zu Zwecken der Vertragsanbahnung „gegebene Wort“,⁴⁵⁰ es handelt sich um einen Unterfall der Haftung für culpa in contrahendo. Die Entwicklung und Weiterbildung der Haftung für culpa in contrahendo muß für den speziellen Bereich der Vertragsanbahnung und dort insbesondere für die bürgerlich-rechtliche Beurteilung von Werbeangaben und Marketing-Maßnahmen der Angebotsseite fruchtbar gemacht werden. Dadurch wird eine rechtssystematische Zersplitterung vermieden, die daraus entstehen könnte, daß zentrale Fragen des Kaufrechts außerhalb des BGB in sonderprivatrechtlichen Nebengesetzen geregelt werden.⁴⁵¹

Diesem Schadensersatzanspruch aus c. i. c. kommt sowohl eine mikro-juristische als auch eine makro-juristische Funktion zu. Zum einen bewirkt er, daß die Nachfrageseite nicht mehr ausschließlich auf die unzureichenden Regelungen des Anfechtungs- und Gewährleistungsrechts angewiesen ist, die es mangels eines praktikablen Schadensersatzanspruchs der Angebotsseite ökonomisch ermöglichen, beim Absatz eine Art von „trial-and-error“-Verfahren zu Lasten des Käufers durchzuführen.⁴⁵² Wird dem Käufer nicht lediglich ein nur wenig schlagkräftiges „Reklamationsrecht“, sondern ein Schadensersatzanspruch infolge Sorgfaltspflichtverletzung bei der Vertragsanbahnung eröffnet, kommt man der Waffengleichheit und ökonomischen Verhandlungsäquivalenz auf dem Gebiet der Vertragsanbahnung näher. Die Angebotsseite darf zwar durch Werbung und Marketing-Maßnahmen die Kaufentscheidungen der Nachfrageseite informierend und motivierend zu beeinflussen versuchen, muß aber konsequenterweise dafür auch eine zivilrechtliche Verantwortung übernehmen. Ein Schadensersatzanspruch, der dem Käufer in gewissen Fällen sogar die Geltendmachung des Ersatzes bestimmter Opportunitätskosten ermöglicht,⁴⁵³ wird den Verkäufer bei der Konzipierung seiner Vertragsanbahnungsbemühungen dazu anhalten, aufgrund ökonomischer Überlegungen von Anfang an und auf kostengünstige Weise die Zuführung eines bedarfskongruenten Angebots an die richtige Nachfrage anzustreben; das ökonomische Güterverteilungssystem wird nicht durch unnötige Fehlläufe belastet.

⁴⁴⁷ Lorenz, in: Festschrift für Larenz, S. 618 ff.; s. auch Lammell, AcP 179, 342 ff.

⁴⁴⁸ Hohloch, NJW 1979, 2369.

⁴⁴⁹ Bohrer, S. 296 ff.

⁴⁵⁰ Zur Haftung für das „gegebene Wort“ vgl. Stoll, H., in: Festschrift für v. Caemmerer, S. 435 ff., 460 f.; Larenz, in: Festschrift für Ballerstedt, S. 399 ff., 403 ff.

⁴⁵¹ Vgl. dazu die Diskussion um die Reform des UWG; statt vieler s. Krieger, A., Zum Schadensersatzanspruch des Verbrauchers bei irreführender Werbung, BB 1978, 625 ff.; Reich, N., UWG-Reform und Verbraucherschutz, ZPR 1978, 100 ff.; s. auch Schrickler, GRUR 1979, 1 ff.; Michaeli, GRUR 1979, 8 ff.; Ahrens, WRP 1978, 677; vgl. den Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 26. 5. 1978, BR-Drucks. 226/78.

⁴⁵² S. oben III.8.2. sowie III.8.2.5.

⁴⁵³ S. oben IV. Fußn. 345 und 423.

Zum anderen erlangt der Schadensersatzanspruch auch eine gesamtwirtschaftliche Bedeutung. Durch ihn wird die Kostentragung zumindest im Ergebnis dem verantwortlichen Kostenverursacher zugewiesen; die Haftung dient der Reduzierung unnützer Kosten im Zusammenhang mit Güteraustauschvorgängen. In einer Wirtschaftsgesellschaft, die die Erreichung eines ständig höheren Grads der rationalen Verwendung ihrer knappen Ressourcen anstrebt, muß die Regelung der Vorbereitung von Güteraustauschvorgängen durch Werbung auch zur optimalen Allokation der Ressourcen beizutragen versuchen. Die Lösung von Konflikten aufgrund der Verwendung irreführender Werbeangaben ist bürgerlich-rechtlich nach dem Verständnis der ökonomischen Analyse des Kaufrechts möglichst so auszugestalten, daß dadurch eine Tendenz zur Senkung von Transaktionskosten entsteht. Die Zuweisung der Transaktionskosten, die durch Sorgfaltspflichtverletzungen bei der Vertragsanbahnung entstehen, an diejenigen, der deren Auftreten schuldhaft verursacht, bewirkt einen auf ökonomischen Mechanismen beruhenden Anreiz, diese Kosten möglichst gering zu halten.

Durch die vorgeschlagene Weiterentwicklung der Haftung für c.i.c. zu einer Schadensersatzpflicht des Werbenden aufgrund von schuldhaften Sorgfaltspflichtverletzungen bei der Vertragsanbahnung würde das Bürgerliche Recht unter Beweis stellen können, daß es trotz seiner Entstehung vor einem primär handwerklich-agrarisch geprägten ökonomischen Hintergrund elastisch und fortbildungsfähig genug ist, um die modernen Erscheinungen der Werbung und des Marketing in einer Industriegesellschaft einer angemessenen privatrechtlichen Beurteilung zuzuführen. Diese Haftung könnte bewirken, daß die Verhandlungsdisparitäten zwischen Angebots- und Nachfrageseite auf lange Sicht nicht immer noch größer werden und dadurch ein Fundament zerstören, auf dem sowohl der zivilrechtliche Grundsatz der Privatautonomie als auch das ökonomische Modell einer funktionierenden Marktwirtschaft ruhen: die rechtlich gesicherte und kontrollierte Möglichkeit des freien und redlichen Aushandels von Verträgen.

Sachregister

(vgl. auch Inhaltsverzeichnis, S. 15 ff.)

- Abschluß eines Vertrages 60 ff.
Abzahlungsgesetz 93
Äquivalenzverhältnis, gestörtes 171 ff.
AGB und ökonomische Analyse 241 ff.
Allgemeine Geschäftsbedingungen, AGB-Gesetz 98 ff., 241 ff.
Anfechtungsfrist 135 ff.
Angebot, Kaufantrag 114 ff.
Auffallendes Mißverhältnis, Leistung/Ge-
genleistung 171 ff.
Aufklärungs- und Schutzpflichten 350 ff.
- Bedarf, Bedürfnis 55 ff.
Belästigende Werbung 266 ff.
- Canaris, Vertrauenshaftung 298 ff.
C.i.c. und Beweislastverteilung 380 ff.
C.i.c. und Differenzschaden 275 ff., 390 ff.
C.i.c. und Haftung für Dritte 360 ff.
C.i.c. und Integritätsinteresse 320 ff.
C.i.c. und Konkurrenzen 369 ff.
C.i.c. und Mitverschulden, § 254 BGB
379 ff.
C.i.c. und ökonomische Analyse 307 ff.
C.i.c. und § 287 ZPO, Schadensermittlung
385 ff.
C.i.c. und Schadensersatz 347 ff.
C.i.c. und Verjährung 382 ff.
C.i.c. und Verschuldenshaftung 347 ff.
C.i.c. und Vertragsrecht 319 ff.
- Deckungsbeitrag und Sonderbeziehung
317 ff.
Deliktsrecht und Integritätsinteresse 320 ff.
- EKG und Gewährleistungshaftung 219 ff.
EKG und Schadensersatz 223 ff.
Entscheidungslehre, ökonomische 55 ff.
Erklärungshaftung 302
Erklärungshaftung und Produzentenhaftung
338 ff.
- Fallbeispiele für Verbraucherschäden 89 ff.,
255 ff., 393 ff.
Fernunterricht 100
Finanzierte Rechtsgeschäfte 100
- Finanzierung der Vertragsanbahnung 318 ff.
Folgeverträge 149 ff.
Formvorschriften und Verbraucherschutz
167 ff.
Freikommen vom Vertrag, Freistellung 83
Funktionale Betrachtungsweise 230
Funktionswandel des UWG 106
- Galbraith, revidierter Wirtschaftsablauf 64 ff.
Geschäftlicher Kontakt 312 ff.
Gesetzliches Schutzverhältnis 296 ff.
Gewährleistungshaftung, Kritik 171 ff.
- Haftung des Werbetreibenden 347 ff.
Haftung für falsche oder irreführende Wer-
beangaben 350 ff.
Haftung für Werbeangaben, Rechtsfolgen
377 ff.
Haftung für Werbeangaben, Voraussetzun-
gen, Zusammenfassung 395 ff.
Haftung für Werbung 340 ff.
Haftung für Werbung, ökonomische Bewer-
tung 258 ff.
Haftungsbeginn für Werbung 340 ff.
Haftungszuweisung und ökonomische Ana-
lyse 250 ff.
Haustürgeschäfte 76 ff.
homo oeconomicus 59
- Industrie und Handel, Funktionsaufteilung
360 ff.
Information durch Werbung 55 ff.
Informationshaftung 350 ff.
Interessenausgleich, Angebot – Nachfrage-
seite 64 ff.
Irreführende Information und Schadenser-
satz 248 ff.
Irreführende Werbeangaben, Beispiele 74 ff.
Integritätsinteresse, Definition 309
Investmentanteile 100
v. Jhering, R. und c.i.c. 295
- Kaffeefahrten 74 ff.
Kaffeefahrten, nichtiges Rechtsgeschäft
156 ff.
Kapitalanlagegesellschaften 100

- Katona 56
 Kaufentscheidungsprozeß des Verbrauchers 55 ff.
 Konsumentensouveränität 72, 250
 Kramer, Anfechtungslehre 128 ff.
 Leistungsstörungen, ökonomische Analyse 193 ff., 321
 Manipulation durch Werbung 58, 67 ff., 120
 Marktinformationsverfahren 244
 Markttransparenz 59
 Mietrecht 97
 Minimierung von Transaktionskosten 238 ff., 307 ff.
 Modell des Kaufes, §§ 459 ff. BGB 172 ff.
 Motivirrtum 125 ff., 127
 Negatives Interesse 329, 386 ff.
 Neuorientierung des Privatrechts 235 ff.
 Ökonomie und Recht 226 ff.
 Ökonomische Funktion von Vertrags-/Deliktsrecht 309 ff.
 Opportunitätskosten 87, 378, 393
 Positive Forderungsverletzung, ökonomische Analyse 342 ff.
 Prävention durch Schadensersatz 249 ff.
 Privatrecht und makro-juristischer Ansatz 236
 Produzentenhaftung 102 ff., 330 ff.
 Produzentenhaftung, ökonomische Analyse 330
 Produzentenhaftung und Gewährleistung 189
 Produzentenhaftung und vertragliche Haftung 338 ff.
 Prospekthaftung 342 ff., 364
 Prüfzeichenentscheidung, BGH 14. 5. 1974 105 ff.
 Rechtsgeschäftslehre 114 ff.
 Rechtsgrund für c.i.c., Erklärungs haftung 300 ff.
 Rechtstatsachenforschung und ökonomische Analyse 233 ff.
 Rechtstatsachenforschung, Werbung 74 ff.
 Reibungslosigkeit des Geschäftsverkehrs 307, 322
 Reisegewerbe 210 ff.
 Rückabwicklung von Kaufverträgen 393 ff.
 Sachwalter, Haftung aus c.i.c. 363
 Schadensersatz des Anfechtenden 136 ff.
 Schäden der Verbraucher 74 ff., 84 ff.
 Schutzdefizit des Verbrauchers 64 ff., 103 ff.
 Schutzgesetze, Verstoß gegen 284 ff.
 Sittenwidrige Werbung, § 826 BGB 289 ff.
 Sonderprivatrecht 104, 108
 Sorgfaltspflichtverletzung bei der Vertragsanbahnung 350 ff.
 Soziale Aufgabe des Privatrechts 94 ff.
 Sozialer Kontakt 304 ff.
 Soziales Kaufrecht 104
 Sozialstaatsprinzip 72 ff.
 Sprungwerbung, Haftung für 344 ff.
 status quo/status ad quem 308 ff.
 Transaktionsinteresse, Definition 309
 Transaktionskostenzuweisung im BGB 254 ff.
 Übervorteilung beim Kauf 74 ff.
 Unterschrift, unter ungelesenem Text, AGB 123 ff.
 UWG und § 134 BGB 146 ff.
 Verbraucherreklamationen 79 ff.
 Verbraucherschutz und Rechtspolitik 67 ff.
 Verbraucherverbandsklage, Rechtstatsachen 79 ff.
 Verhandlungs- und Abschlußgehilfe, c.i.c. 362 ff.
 Verletzergewinn 85, 254 ff.
 Vermögensschaden, ökonomische Analyse 275 ff.
 Verschweigen von Tatsachen, Anfechtung 140 ff.
 Vertragsanbahnung, Definition 55 ff., 61
 Vertragsanbahnung in der Industriegesellschaft 64 ff.
 Vertragsanbahnung und EKAbschlußG/EKG 218 ff.
 Vertragsrecht und ökonomische Analyse 230 ff., 238 ff.
 Vertragsrecht und Transaktion 315 ff.
 Vertrauensschaden, Ersatz des 386 ff.
 Voraussetzungen der Haftung für Werbung, Zusammenfassung 395 ff.
 Vorvertragliches Verschulden, c.i.c. 295 ff.
 Warenhausfälle und c.i.c. 312 ff.
 Werbeaussagen und Wirklichkeit 74 ff.
 Werbeerklärungen, Haftung für 347 ff.

- Werbung und Allgemeines Persönlichkeitsrecht 265 ff.
Werbung und Deliktsrecht 263 ff.
Werbung und EKG 218 ff.
Werbung und Gewährleistungshaftung 191 ff.
Werbung und Haftungszuweisung 248 ff.
Werbung und Haftungszuweisung, Zusammenfassung 347 ff., 395 ff.
Werbung und Kostentragung 317 ff.
Werbung und nach dem Vertrage vorausgesetzter Gebrauch 193 ff.
Werbung und Nachfrageseite 64 ff.
Werbung und Rechtsfolgen 114 ff., 395 ff.
Werbung und Sachmängelhaftung, Zusammenfassung 216 ff.
Werbung und Verbraucherschutz, ökonomisch 64 ff.
Werbung und Vermögensschaden 263, 275 ff.
Werbung und Zusicherung von Eigenschaften 205 ff.
Wettbewerbswidriges Rechtsgeschäft 146 ff.

